



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO

FELIPE LIMA GOMES

O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA: ÂMBITO DE PROTEÇÃO E
CONSEQUÊNCIAS DE SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

FORTALEZA
NOVEMBRO DE 2015

FELIPE LIMA GOMES

O DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA: ÂMBITO DE PROTEÇÃO E
CONSEQUÊNCIAS DE SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo

FORTALEZA
NOVEMBRO DE 2015

FELIPE LIMA GOMES

O controle jurisdicional das omissões de prestações normativas do legislador em direitos fundamentais: aspectos teóricos

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará – UFC

Profa. Dra. Maria Vital da Rocha
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

-
- G633d Gomes, Felipe Lima.
O direito fundamental à herança: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização / Felipe Lima Gomes. – 2015.
171 f. : 30 cm.
- Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.
Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.
1. Brasil. Constituição (1988). 2. Direitos fundamentais. 3. Herança e sucessão. I. Título.

RESUMO

Investiga a inclusão do direito à herança na Constituição brasileira de 1988 e as consequências de sua constitucionalização para toda a conformação do direito infraconstitucional ligado ao direito hereditário. Nos dois primeiros capítulos, são precisadas as noções ligadas à teoria dos direitos fundamentais necessárias ao enfrentamento direto da matéria. A teoria dos princípios de Robert Alexy, para quem as normas de direitos fundamentais encerram, em regra, a natureza de um mandamento de otimização, é adotada como aparato teórico para a explicação da natureza das normas de direito fundamental e da forma como elas podem entrar em colisão. Passa a analisar as noções de restrição e de âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a fim de traçar o conjunto de situações jurídicas componentes do direito à herança. No terceiro capítulo, são repassadas algumas estruturas fundamentais do direito hereditário brasileiro, tanto da sucessão legítima, quanto da sucessão testamentária, a estabelecer noções importantes ao prosseguimento da pesquisa. Na última parte, são repassados os efeitos da constitucionalização do direito à herança, que lhe conferem o regime específico de direito fundamental. Na sequência, são escolhidos alguns problemas de direito hereditário, os quais são reinterpretados de acordo com o regime de direito fundamental que a Constituição brasileira de 1988 conferiu ao direito à herança.

Palavras-chave: Constituição; direitos fundamentais; herança; direito hereditário.

ABSTRACT

The paper investigates the inclusion of the right to inheritance in the Brazilian Constitution of 1988 and its consequences to the compatibilization of infra-constitutional rules related to hereditary rights. In the first two chapters, the concepts concerning the theory of fundamental rights that are necessary to the issue are specified. Robert Alexy's theory on principles, for whom the fundamental rights' norms have, generally, the nature of an optimization command, is adopted as the theoretical reference to the explanation of the fundamental right's norms' nature and of how they could collide. Further, it is analyzed the concepts of restriction and scope of protection of fundamental rights, in order to trace the legal situations that concern the right to inheritance. In the third chapter, a few fundamental structures of the Brazilian Law of Successions are analyzed, regarding both lawful and testamentary succession, establishing important notions to the ongoing of the research. In the last part, the effects of constitutionalisation of the right to inheritance are told, which gives them the specific treatment of a fundamental right. As a result, a few hereditary rights' problems are chosen, which are reinterpreted according to the constitutional treatment of fundamental right that was given to the right to inheritance.

Key-words: Constitution; fundamental rights; right to inheritance; law of successions.

RÉSUMÉ

Ce travail enquête sur l'inclusion du droit à l'héritage dans la Constitution brésilienne de 1988 et les conséquences de sa constitutionnalisation pour toute la conformation du droit infra-constitutionnel rapporté au droit héréditaire. Dans les deux premiers chapitres, les notions liées à la théorie des droits fondamentaux nécessaires à la confrontation directe de la question sont précisées. La théorie de la jurisprudence des principes de Robert Alexy, selon lequel les normes relatives aux droits fondamentaux contiennent, en règle générale, la nature d'un commandement d'optimisation, est adoptée comme un dispositif théorique pour expliquer la nature des normes relatives aux droits fondamentaux et comment elles peuvent entrer en collision. On examine les notions de restriction et le cadre de protection des droits fondamentaux, afin de tracer l'ensemble des situations juridiques composantes du droit à l'héritage. Dans le troisième chapitre, certaines structures fondamentales du Droit des Successions brésilien, à la fois de la succession légitime, comme la succession testamentaire, sont évoquées pour établir des notions importantes afin de poursuivre la recherche. Dans la dernière partie, les effets de la constitutionnalisation du droit à l'héritage sont évoqués, ce qui lui donne le régime spécifique de droit fondamental. Par la suite, quelques problèmes du droit de succession sont choisis, réinterprétés selon le régime de droit fondamental que la Constitution de 1988, a donné au droit à l'héritage.

Mots-clés: Constitution; droits fondamentaux; droit à l'héritage; droit des successions.

HERANÇA

Querida esposa que ouvindo está
Roubou-lhe o tempo a jovial beleza,
Mas tem o dote da maior nobreza
Sua bondade não se acabará.

Morrerei breve, porém Deus lhe dá
Força e coragem com a natureza
De no semblante não mostrar tristeza
Quando sozinha for viver cá.

Não tenho terra, gado, nem dinheiro,
Só tenho o galo dono do terreiro
Que a madrugada nunca ele perdeu.

Conserva esposa, minha pobre herança,
Seja bem calma, paciente e mansa,
Você não chore, que este galo é seu.

(Patativa do Assaré. *Melhores poemas*.
São Paulo: Global, 2006. p. 185)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS TEÓRICOS GERAIS	5
1.1 Breves notas sobre o sistema de direitos fundamentais da Constituição brasileira	6
1.2 Teoria geral dos direitos fundamentais: relevância para o estudo do direito à herança	9
1.2.1 As teorias dos direitos fundamentais	11
1.3 Noções de direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador	22
1.3.1 O direito fundamental completo	23
1.3.2 Distinção entre regras e princípios	26
1.3.3 A liberdade de conformação do legislador	33
1.3.4 A relação entre os direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador	37
1.3.4.1 As vinculações negativa e positiva do legislador aos direitos fundamentais.....	38
1.3.4.2 Os deveres de proteção do legislador em matéria jusfundamental.....	44
1.4 SÍNTESE CONCLUSIVA	51
2. TEORIA DAS RESTRIÇÕES, ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ESTRUTURA DO DIREITO À HERANÇA	54
2.1 As restrições a direitos fundamentais	54
2.1.1 O problema terminológico	55
2.1.2 Teorias sobre as restrições a direitos fundamentais	63
2.1.2.1 Teoria interna.....	63
2.1.2.2 Teoria externa.....	67
2.2 O âmbito de proteção de um direito fundamental	70
2.3 O âmbito de proteção do direito à herança	74
2.3.1 O direito à herança e o direito à propriedade: uma distinção necessária	74
3 PROBLEMAS NA CONFIGURAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO À HERANÇA	95

3.1 A constitucionalização do direito à herança: efeitos gerais no caso brasileiro.....	95
3.2 Problemas específicos à luz da fundamentalidade do direito à herança	99
3.2.1 A herança necessária, a restrição à propriedade do sucedendo e a proteção à família.....	99
3.2.1.1 Família: da concepção institucional à concepção instrumental da Constituição brasileira.....	101
3.2.1.2 Argumentos contrários à sucessão necessária.....	108
3.2.1.3 Balanço crítico. Contra a herança necessária e contra a irresponsável liberdade de testar: entre o respeito à propriedade e a vedação à proteção insuficiente dos familiares.....	118
3.2.2 A exclusão dos colaterais na declaração de vacância da herança (art. 1822; Código Civil).....	126
3.2.2.1 Herança jacente e herança vacante.....	127
3.2.2.2 A exclusão dos colaterais na declaração de vacância à luz da fundamentalidade do direito à herança.....	130
3.2.3 A causa suspensiva do art. 1523, inc. I, do Código Civil.....	134
3.2.3.1 Causas suspensivas: noção e efeitos.....	134
3.2.3.2 A interpretação devida do art. 1523, inc. I, sob a fundamentalidade do direito à herança.....	137
3.2.4 O legatário e o direito à posse do bem legado.....	142
3.2.4.1 O direito fundamental à herança e o problema da posse do legatário.....	145
3.3 Síntese conclusiva.....	150
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	153
REFERÊNCIAS.....	158

INTRODUÇÃO

O direito sucessório, observou-o Gustavo Tepedino, saiu de cena nas últimas décadas, após ter seduzido a atenção dos maiores civilistas de todo o mundo, e já não angaria a atenção adequada das novas gerações de juristas. A razão desse distanciamento pode ser creditada a uma “paralisante dificuldade técnica”, intensificada por duas peculiaridades. A primeira decorre do fato de o direito das sucessões não comportar digressões retóricas ou concessões a noções imprecisas, de modo que a estrutura jurídica só funciona, se todas as ferramentas teóricas se encaixarem de forma correta; a segunda seria consequência da amplitude dos problemas de direito sucessório, já que, nele, encerram-se os problemas dos demais ramos do direito civil. Tudo isso tem contribuído para afastar o direito das sucessões da reconstrução do direito civil brasileiro¹. Ainda no diagnóstico de “abandono” do direito das sucessões, Carlos Moreira vai além, ao afirmar que o direito das sucessões, pela “ancianidade de muitos de seus institutos, pode parecer terreno já exaurido”, incapaz de ensejar novos e revolucionários estudos; além do aprofundamento da diagnose, ele ainda oferta outra provável causa do desinteresse sobre a matéria: a “concorrência desleal” das outras frentes do direito civil. A parte geral oferta o interessante e atualíssimo campo dos direitos de personalidade; o direito contratual, o desafio de explorar noções como a função social e a boa-fé; o direito de família, o instigante instituto da união estável, ou mesmo problemas atuais de filiação².

A diagnose e as teses sobre as possíveis causas são muito acertadas. Com efeito, uma pesquisa, ainda que perfunctória e sem maiores métodos, mostrará que a quantidade de teses, de dissertações e de trabalhos de conclusão de curso, dedicados ao direito das sucessões, é quase ínfima, se comparada à quantidade dedicada a outras seções, notadamente o direito obrigacional e o direito de família. Se é verdade que o direito sucessório chama a atenção, inicialmente, dos bacharelados em direito, em virtude de tratar de um fenômeno comum e natural na vida das pessoas, este interesse inicial se converte em reserva, quando se analisam

¹ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Prefácio. In: NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. IX; *Idem*. Prefácio. In: NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. [s. p.]

² Cf. MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Princípios constitucionais e o direito das sucessões. *Revista Forense*, a. 103, v. 390, mar./abr., 2007. p. 46.

a rigidez dos institutos, a dificuldade técnica para a compreensão de alguns institutos e as alternativas de pesquisa em outras áreas do direito civil. Essa reserva dos pesquisadores tem dois impactos negativos bem visíveis para o direito sucessório: (1) diminui a quantidade de intérpretes do material legislativo relacionado à matéria, especialmente a respeito da produção de trabalhos monográficos, mais aptos, em regra, para oferecer respostas aos problemas mais complexos; (2) dificulta a atualização e a reconstrução do direito hereditário com as evoluções das outras áreas jurídicas, notadamente das áreas mais ligadas ao ramo – direito de família e direito das coisas. Este trabalho, ao perquirir as implicações da consagração constitucional do direito à herança, trabalhará com os avanços tecnológicos de outros ramos do direito, especialmente da teoria jurídica constitucional e do direito de família.

É curioso observar que a realidade deveria ser bem diferente, se for considerada uma inovação feita pela Constituição de 1988: a herança passou a ser o objeto de um direito fundamental, cravado no inciso XXX, do colossal art. 5º. No constitucionalismo brasileiro das últimas décadas, poucos temas têm ostentado o poder de sedução sobre os estudiosos como os direitos fundamentais. Nesse sentido, em meio à chamada constitucionalização do direito civil, seria de se esperar um grande alvoroço em torno da nova fundamentalidade do direito à herança e das potencialidades que se poderiam abrir a partir disso. A reação inicial da doutrina e da jurisprudência foi abertamente resistente a qualquer alteração do direito sucessório, em decorrência da consagração constitucional do direito à herança, e o estágio atual não é muito diferente, salvo poucas exceções. Mesmo com o “apelo” dos direitos fundamentais, o direito à herança é objeto de poucos estudos mais alentados. Duas causas podem ser apontadas para esse fenômeno: (1) a confusão, tradicionalmente feita, entre o direito à herança e o direito à propriedade, objeto da tese que enxerga, no direito à herança, apenas uma garantia ou um reforço do direito à propriedade, o qual tem sido bastante discutido no direito brasileiro; (2) a falta de um aporte mais específico de teoria dos direitos fundamentais aos estudiosos dos institutos ligados ao direito civil. Esta última causa é grave; lamentavelmente, a consagração constitucional de institutos civilísticos, embora tenha chamado a atenção dos juristas, não carregou, no público especializado em direito civil, abordagens baseadas na evolução da teoria dos direitos fundamentais. Desse jeito, o estudo dos direitos fundamentais ligados ao direito hereditário se

encontra em um grande *ponto cego*: os constitucionalistas de ofício não se aprofundam na aplicação das noções teóricas jusfundamentais (âmbito de proteção, restrições, teorias sobre os direitos fundamentais etc.) a esses direitos específicos; por outro lado, os civilistas de ofício ainda não integraram, amplamente, ao seu arsenal teórico, todo o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais – e isso tem empobrecido, significativamente, as abordagens, que poderiam remodelar, ainda mais, o direito sucessório.

O ponto cego referido é exatamente o *locus* da atuação do presente trabalho. A extraordinária tecnologia jusfundamental desenvolvida, sobretudo, pela juspublicística alemã das últimas décadas, deixou um legado irrecusável para o estudo dos direitos fundamentais em espécie. Vem, então, a proposta de oferecer uma abordagem para o direito à herança, dada a sua fundamentalidade. Isso não poderá ser feito, a contento, sem uma consideração mais detida sobre a teoria dos direitos fundamentais que se adota, razão pela qual esse esforço tomará boa parte das dimensões da pesquisa. Assim, o primeiro capítulo será dedicado a uma rápida explanação sobre o sentido dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, ao que se seguirá uma abordagem da teoria dos direitos fundamentais mais adequada a ela. Na sequência, a própria noção de direito fundamental e o tipo de norma que o consagra serão analisados. Algumas noções decorrentes da noção de direito fundamental na concepção de Robert Alexy, como normas que encerram a estrutura de princípios, isto é, mandamentos que determinam a realização, na máxima medida, de valores constitucionais, continuarão o capítulo.

No capítulo dois, serão estudados outros pontos ligados à teoria dos direitos fundamentais. Questões ligadas à possibilidade de restrições a direitos fundamentais, o âmbito de proteção desses direitos etc., serão o foco. As ideias trabalhadas já darão o suporte necessário para entender-se o que está protegido pelo direito à herança (e como isso ocorre). Feito isso, o caminho estará aberto para a análise de alguns problemas trazidos pela configuração infraconstitucional do direito à herança. Não há pretensão de esgotar todos os desafios trazidos por essa configuração, logo porque esse rol pode variar (e muito), de acordo com a subjetividade do intérprete – algo inevitável. O objetivo é dar mostras das potencialidades da aplicação do direito à herança como um direito fundamental e de que a sua fundamentalidade lhe confere um regime diferenciado. Não é demais lembrar que a Constituição limitou-se a consagrar o direito, sem dar maiores pistas

sobre o seu conteúdo e sobre sua extensão. Aqui se mostra necessário um grande esforço hermenêutico, não somente para extrair da Constituição tudo o que se pode aproveitar, mas também – e fundamentalmente – para o direito infraconstitucional ser sempre interpretado de acordo com a Constituição. Para cumprir esse desiderato, o capítulo três trará problemas específicos de direito hereditário, cuja análise ganhe novos contornos, ainda que não necessariamente novas respostas, com a abordagem jusfundamental do direito à herança.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS TEÓRICOS GERAIS

A inclusão do direito fundamental à herança na Constituição de 1988 trouxe à tona uma questão fulcral ao estudo dos desdobramentos dessa consagração: o que significa uma inclusão dessa natureza? Em outras palavras, a atenção dos juristas dedicados a qualquer tema ligado ao instituto da herança deve-se voltar ao fato de que ela, agora, é objeto de um direito fundamental – e todo o processo de reconstrução do ordenamento jurídico sucessório deverá experimentar a influência dessa constitucionalização. Entretanto, isso depende do estudo prévio das consequências da fundamentalidade do direito à herança; e isto, feliz ou infelizmente, não se deve fazer sem uma base teórica geral previamente estruturada, sob pena de uma construção pouco sistemática do direito em espécie. Um fato bastante lamentável é o de que muitos civilistas não cuidam de explicitar suas acepções de direitos fundamentais e chegam, muita vez, a conclusões corretas e louváveis, mas sem que se possam vislumbrar as premissas jusfundamentais das quais partiram. Esta realidade encerra um grande perigo: o de que, para maus resultados, do ponto de vista dos direitos fundamentais, não sejam também exigidas maiores justificativas sobre os fundamentos dessas decisões.

Há uma razão nítida, decerto, para a dificuldade dos civilistas com a teoria dos direitos fundamentais. A inclusão, em escala tão ampla, de matérias tradicionalmente reservadas à legislação infraconstitucional no próprio diploma constitucional trouxe a reboque a necessidade de uma reviravolta no aparato teórico do qual se parte para o estudo do direito civil. Esta falta de costume com a disciplina não fez voltar-se o cuidado devido para os efeitos da inclusão constitucional de certos direitos, a exemplo do direito à herança. Deste modo, o repasse das noções teóricas jusfundamentais será de grande valia aqui, pois este não é um exercício comumente feito, com maior vagar, pelos civilistas, e, como será visto, sobretudo no capítulo quatro, as sugestões inovadoras contidas neste trabalho nada mais serão do que aplicações práticas das noções teóricas expendidas nos dois primeiros capítulos. Agora, importa fazer uma breve digressão sobre o sistema de direitos fundamentais da Constituição brasileira de 1988, para realizar as acomodações prévias necessárias à exposição das noções teóricas que darão lastro ao restante da pesquisa.

1.1 Breves notas sobre o sistema de direitos fundamentais da Constituição brasileira

O direito fundamental à herança é uma inovação trazida, no âmbito nacional, pela Constituição federal de 1988. Mais uma, a propósito, da Constituição com o maior catálogo de direitos fundamentais da história do constitucionalismo brasileiro, a inaugurar um capítulo de destaque na evolução da consagração de direitos e garantias fundamentais nos diplomas constitucionais pátrios. A sucessão das Constituições do Brasil independente trouxe um constante acréscimo de direitos e garantias fundamentais, o qual se pode dividir em três grandes frentes: (1) no âmbito pessoal de validade dessas normas, isto é, no conjunto de titulares dessas posições jurídicas; (2) no conjunto de direitos consagrados; (3) no conjunto das garantias constitucionalizadas³.

A Constituição imperial brasileira trouxe um rol de direitos e garantias em seu art. 179, segundo o qual seria protegida a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, com base na liberdade, na segurança individual e na propriedade. A seguir, vinham os trinta e cinco incisos do artigo, com cláusulas francamente inspiradas nos ideais liberais franceses e norte-americanos⁴. No aspecto do âmbito de validade pessoal, a Constituição de 1824 deixou uma grave limitação: somente os cidadãos brasileiros gozavam das benesses trazidas pelo art. 179; aos estrangeiros, portanto, não se consagrava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, reservada aos brasileiros, nos termos da Constituição.

Em 1891, a primeira Constituição republicana brasileira aprofundou, de

³ Para evitar maiores digressões analíticas sobre as posições jurídicas fundamentais, é acatada a clássica distinção entre direitos e garantias, delineada por Rui Barbosa. Para ele, apoiado na definição de direito de Littré, direitos seriam faculdades reconhecidas, legal ou naturalmente, de praticar, ou não, certos atos. As *garantias*, ou *seguranças* de um direito, por seu turno, são os requisitos de legalidade, que os defendem contra ameaças de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil. Ainda segundo Rui, desde que se observasse, no texto da Constituição de 1891, a separação entre as disposições meramente *declaratórias*, “que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos”, e as disposições *assecuratórias*, “que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder”, a aceção ofertada restaria clara: as primeiras instituem os direitos; as segundas, as garantias. Rui ainda observou que, não raro, direito e garantia se podem juntar no mesmo dispositivo constitucional, ou legal (cf. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. 20. t. 5. Rio de Janeiro: MEC, 1958. p. 166-167. Disponível em <http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>. Último acesso em 04/02/2015).

⁴ Pontes de Miranda ressalta a opção pelos princípios da liberdade e da igualdade, apesar do regime monárquico instituído pelo mesmo diploma. Segundo ele, esta opção, “ao tempo em que foi feita, honrou o país, e serviu de modelo a Constituições européias.” (cf. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 633).

maneira bastante significativa, a constelação de direitos e garantias, nas três frentes indicadas pouco acima⁵. Em relação ao âmbito pessoal de validade, além dos cidadãos brasileiros, os estrangeiros residentes no Brasil passaram a gozar do mesmo conjunto básico de direitos, trazidos pelo art. 72⁶. Esta evolução já deixou o direito brasileiro em patamar mais avançado de proteção aos direitos fundamentais, além de transformar o Brasil em local mais atraente para os estrangeiros, sobretudo os europeus, cuja migração se tornava mais intensa, desde a abolição da escravatura, aproximadamente dois anos antes da promulgação do texto constitucional. A propósito do conjunto de direitos, também houve aumento no número, a exemplo da consagração dos direitos de associação e de reunião. A respeito das garantias, também foi notável o avanço, pois vieram garantias penais amplas, como a consagração do instituto do *habeas corpus* – existente, até então, apenas por obra da legislação ordinária.

A Constituição de 1934 trouxe inovações representativas sobre a matéria. O art. 113, em seu *caput*, falava em “direito à subsistência”, o que deveria ser interpretado como uma subsistência digna⁷. Em seus incisos, no campo das garantias, esse mesmo diploma trouxe grandes avanços, vide o mandado de segurança e a ação popular. Nas Constituições subsequentes, até à de 1969, o rol de direitos e garantias, com alguns avanços e retrocessos mais pontuais, seguiu na tradição das Constituições republicanas brasileiras e sempre ocupou o seu espaço nos dispositivos constitucionais. Essa evolução pode ser estrategicamente contornada, a fim de os esforços serem concentrados na atual Constituição brasileira, com a abordagem, tão sucinta quanto possível, de seus pontos inovadores, sempre no intuito de precisar o contexto em que o direito à herança conheceu sua constitucionalização.

Uma alteração da Constituição de 1988 a respeito dos direitos e garantias

⁵ Em seus comentários à Constituição de 1891, Carlos Maximiliano observou que alguns julgavam desnecessária a existência de um catálogo de direitos individuais em uma constituição republicana, ao que respondeu, incisivamente: “Não é somente nas monarquias que se verificam abusos de autoridade. As maiorias não são menos agressivas e orgulhosas de seu poder do que os indivíduos que subiram por um acaso de nascimento ou privilegio de classes.” (cf. *Commentarios: constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto dos Santos, 1918 (Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005). p. 687-688).

⁶ No seu *caput*, esse artigo dispunha: “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (...)”

⁷ “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes (...)”

está ligada ao local ocupado pela matéria no texto constitucional⁸. Na tradição brasileira, sempre se cuidou do tema nas últimas dezenas de artigos; na atual Constituição, o art. 5º debuxa um extenso rol de direitos e garantias, intitulados “fundamentais”, e não mais “individuais”. A alteração “topográfica” da matéria, inscrita logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, ressaltaria a importância dos direitos fundamentais como parâmetros hermenêuticos a todos os outros dispositivos constitucionais. A acolhida de direitos sociais nesse bojo também representaria um grande trunfo desta espécie de direitos, pois acabaria com qualquer dúvida sobre sua condição de legítimos direitos fundamentais, algo contestado na vigência das Constituições anteriores, com a predominância do pensamento segundo o qual as normas que instituíam esses direitos eram de eficácia limitada, dependente de uma atividade legislativa posterior para conseguir sua aplicabilidade plena.

Outra nota distintiva é o aumento, de forma sem precedentes, do elenco dos direitos protegidos. Somente o art. 5º tem, na redação atual, setenta e oito incisos, reforçados pelos trinta e quatro do art. 7º, que conta com vários direitos sociais dos trabalhadores. No plano das garantias, remédios constitucionais como *habeas data* e o mandado de injunção são grandes representantes da evolução pretendida pelo constituinte originário; a inclusão posterior do direito à razoável duração do processo dá a nota de que a preocupação com o resguardo dos direitos continua a ser uma preocupação dos poderes constituídos. A propósito dos novos direitos trazidos pela Constituição, é possível ressaltar o próprio direito à herança, grande mote deste trabalho.

A inovação de maior significado teórico (e prático) é, muito provavelmente, a trazida pelo parágrafo primeiro, do art. 5º. Nele, está contido o dispositivo responsável por emprestar, aos direitos e garantias fundamentais, aplicabilidade imediata, de sorte a rechaçar, *a priori*, o mero caráter programático das normas que os constituem. Até hoje, a literatura especializada diverge sobre o real alcance dessa norma; seja como for, o status jurídico generalizadamente reconhecido aos direitos fundamentais alcançou um patamar mais elevado em

⁸ As novidades da Constituição de 1988, apontadas na sequência, observam, no que há de fundamental, a explanação de Ingo Sarlet (cf. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008. p. 77-80; *Idem*. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____ (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 183-184).

virtude dela. No plano argumentativo, as opiniões no sentido de que algum direito fundamental não pode ser aplicado diretamente, sem uma intervenção normativa posterior do legislador, têm o dever de justificar a pretensão de não-vinculação imediata dos poderes constituídos a esse direito. Fora de qualquer dúvida, isso aprofunda a proteção dos titulares de direitos fundamentais. Não fosse o bastante, a proteção adicional conferida aos direitos e garantias, ao serem considerados “cláusulas pétreas”, ou seja, não poderem ser objeto de emenda à Constituição, a qual vise a abolir estas normas (ou tenda a isso), impede a supressão ou a erosão desses preceitos. Esta dupla proteção aplica-se ao direito à herança e suas consequências serão exploradas com maior vagar no próximo capítulo e no capítulo quatro.

Nesse quadro, insere-se o direito à herança na Constituição brasileira que mais relevância emprestou à matéria jusfundamental. Em um sistema de direitos fundamentais complexo, como é o brasileiro atual, com direitos das mais variadas compleições, o estudo de um direito em espécie não deveria prescindir de uma consideração sobre a teoria geral dos direitos fundamentais. Isto porque, para conferir o máximo de racionalidade nas afirmações sobre o conteúdo e os limites de um direito específico, é extremamente útil o manejo de noções teóricas aplicáveis a todos os direitos desse nível, tanto quanto for possível a formulação de uma teoria geral a esse respeito. Pode-se ir mais longe, para afirmar que, quanto maior for a abrangência e a profundidade de uma teoria geral dos direitos fundamentais, mais coerente e lógico será o tratamento dos direitos em espécie – o que se deverá à uniformidade do trato das questões, propiciada pelo aparato teórico desenvolvido. Deste modo, é devida a atenção sobre uma teoria geral dos direitos fundamentais compatível com a Constituição brasileira, para estudar-se o direito à herança com o máximo de segurança e proveito.

1.2 Teoria geral dos direitos fundamentais: relevância para o estudo do direito à herança

Como nota Robert Alexy, a propósito dos direitos fundamentais, podem ser desenvolvidas as mais variadas teorias, cada qual com o seu viés. Há, por exemplo, teorias históricas, dedicadas ao estudo do desenvolvimento desses direitos, através das suas positivações, do pensamento a respeito deles etc.; teorias

filosóficas, empenhadas em esclarecer seus fundamentos; teorias sociológicas, com o objetivo de investigar a função dos direitos fundamentais no sistema social⁹. Inquestionavelmente, cada uma dessas teorias tem o condão de deitar um legado relevante à discussão sobre os direitos fundamentais. Esta diversidade de teorias impõe o dever de esclarecer o que se deve entender por teoria dos direitos fundamentais, a ser desenvolvida aqui. O cumprimento desse desiderato observará algumas condicionantes: (1) é uma teoria para a resolução de problemas ligados a direitos fundamentais da Constituição brasileira; (2) é uma teoria geral.

A afirmação de que se trata de uma teoria voltada a questões atreladas à Constituição brasileira vigente significa a exclusão do seu bojo de outros diplomas constitucionais brasileiros, não mais em vigor, bem como de teorias jusfundamentais filosófico-jurídicas, assim como de direitos fundamentais componentes de outras Constituições, atualmente vigentes. Saliante-se, desde logo, e isso será retomado no próximo ponto, que o fato de não se destinar a resolver problemas de Constituições estrangeiras não impede o aproveitamento de recursos teóricos desenvolvidos para a interpretação do sistema de direitos fundamentais estrangeiros. Observa o mesmo Alexy que essas teorias podem, perfeitamente, estabelecer relações entre si¹⁰. A interpretação comparada dos direitos fundamentais pode oferecer excelentes recursos ao intérprete, por aproveitar uma teia de decisões sobre o mesmo tema, eventualmente estabelecida em outro ordenamento jurídico, ou mesmo a observação da regulamentação infraconstitucional de algum direito fundamental, que não conte com regulamentação dessa natureza no Brasil. Por outro lado, a evolução histórica de um direito fundamental pode balizar o trabalho do intérprete, a indicar como esse direito evoluiu e se concretizou ao longo do tempo.

Ser uma teoria geral comporta um esclarecimento. Uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição brasileira pode ser geral por ter como objeto quaisquer desses direitos. Pode ser geral, também, por dedicar-se a um conjunto desses direitos, embora não tenha a pretensão de encerrar todos eles. A teoria aqui delineada será geral, apenas e tão-somente, à medida que tem por destinação o trato de questões relacionadas a direitos fundamentais com estrutura semelhante à

⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31.

¹⁰ Cf. o livro citado na nota anterior, à página 32.

do direito à herança. A estrutura normativa deste direito ainda será aprofundada neste e no próximo capítulo; todavia, não custa adiantar alguns pontos nodais. O direito à herança, para a conferência da máxima eficácia ao seu conteúdo, não pode ser encarado como mera garantia normativa, de proteção contra investidas estatais, tendentes à sua abolição. É bem verdade que, nas relações jurídicas de natureza sucessória, não há maiores demandas por prestações positivas fáticas do Estado; a transmissão do patrimônio de uma pessoa, que morre (ou é declarada ausente e tem a sua sucessão aberta, na forma da lei civil), para os seus sucessores não demanda o aporte de recursos financeiros estatais específicos, viabilizadores da transferência. Não se pode perder de vista, contudo, que pelo menos prestações positivas normativas podem ser fundamentadas no direito à herança, caso não haja a produção de normas bastantes à satisfação minimamente necessária desse direito em um caso concreto. Estas considerações já dão a nota de que a teoria a ser desenvolvida neste trabalho pode dar conta dos chamados direitos fundamentais clássicos, ou de primeira geração¹¹, destinados à função de defesa contra interferências estatais, bem como pode servir para a resolução de problemas de direitos que, além da função de defesa, cumpram outras funções. Outros direitos, entretanto, podem não ter suas questões resolvidas a contento com esse aparato, mormente os direitos sociais, cuja satisfação impõe aos entes estatais prestações positivas fáticas envolvendo, não raro, bens escassos e que, exatamente por isso, não podem ser disponibilizados a muitas pessoas¹². Feito este recorte, ainda assim, pelo exposto, é possível afirmar-se que a teoria adotada é uma teoria geral.

1.2.1 As teorias dos direitos fundamentais

Já se pôde perceber a importância de uma teoria dos direitos fundamentais para o trabalho nesse setor. Na tentativa de ofertar uma proposta de solução a esse problema, a literatura, com grande destaque para a alemã, formou

¹¹ Sobre as gerações dos direitos fundamentais, cuja exposição não se faz necessária aqui, cf., por todos, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 562 ss.; LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las generaciones de los derechos humanos. *Revista del centro de estudios constitucionales*, n. 10, set./dez., 1991. p. 203-217; *Idem*. Las generaciones de derechos humanos. *Revista direitos emergentes na sociedade global*, v. 2, n. 1, jan./jun., 2013. p. 164-196. Disponível em www.ufsm.br/redesq. Último acesso em 14/12/2014.

¹² Sobre os direitos sociais, no geral, cf. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

uma “força-tarefa”, com o intuito de operar instrumentos teóricos mais palpáveis, os quais conduzissem, finalmente, a uma teoria geral dos direitos fundamentais. É curioso observar que o desenvolvimento dessas teorias, àquela época, teve como móvel a discussão acerca de se a interpretação dos direitos fundamentais pressupunha, ou não, uma teoria dos direitos fundamentais com a capacidade de propiciar uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos constitucionais que os consagrassem¹³. O mais influente catálogo condensador das teorias dos direitos fundamentais é o elaborado por Ernst Böckenförde¹⁴, segundo o qual as teorias se podem dividir em cinco grupos: teoria liberal, teoria institucional, teoria axiológica, teoria democrático-funcional e teoria do estado social. Pela adesão em peso da doutrina a esse catálogo, não será despiciendo fazer um repasse dos fundamentos de cada uma dessas teorias, para, ao fim, fazer uma análise crítica e indicar a opção teórica deste trabalho.

Segundo a teoria liberal (ou do Estado de direito burguês), os direitos fundamentais representam direitos individuais de liberdade dos indivíduos, perante o Estado, que se estabelecem, a fim de assegurar âmbitos importantes da liberdade individual e social especialmente expostos à ameaça do poder estatal. A liberdade dos cidadãos não é conferida pelo Estado; na verdade, ela existe antes mesmo deste, e a competência estatal para interferir na esfera de liberdade dos indivíduos é, a princípio, limitada; ela existirá somente quando encontrar lastro na sua missão de garantir e regulamentar a liberdade das pessoas. A liberdade burguesa estrutura um exercício do poder, cuja principal incumbência é a proteção dos cidadãos contra interferências abusivas das autoridades públicas. Desta liberdade, notou-o Carl Schmitt, duas consequências fundamentais se deixam deduzir, plasmadas nos dois princípios do elemento típico do estado de direito: (1) princípio da distribuição, de acordo com o qual a liberdade dos indivíduos é considerada um dado pré-estatal, de modo a deixar a liberdade individual ilimitada, a princípio, e a faculdade do estado para invadi-la limitada, também a princípio; e (2) princípio da organização, cuja serventia é pôr em prática o princípio da distribuição; o poder estatal (limitado, a princípio) se divide e se encerra em um sistema de competências circunscritas. O

¹³ Nesse sentido, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1395.

¹⁴ O trabalho clássico sobre o tema e que servirá de fio-condutor da exposição é BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez e Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993, esp. p. 48 ss.

princípio da distribuição encontraria sua expressão em um conjunto de direitos; o princípio da organização estaria, por seu turno, contido na doutrina da divisão de poderes, na distinção de diversos setores para o exercício do poder público, divisão estabelecida com o intuito de impor freios e controles recíprocos a esses poderes. Assim, divisão dos poderes e direitos fundamentais designavam o conteúdo essencial do estado de direito, presente nas constituições modernas¹⁵.

Os direitos fundamentais, na acepção liberal, seriam normas de competência na relação entre indivíduo e Estado, mais precisamente normas de competência negativa deste último. Delimitariam o âmbito no qual o indivíduo e as suas estruturas sociais próprias são competentes para a regulação de condutas e organização de pretensões, frente ao âmbito da regulação política das condutas e da organização das prestações estatais, sob a forma de ação soberana. A propósito do influxo da teoria sobre a interpretação dos direitos fundamentais, ela se faz notar em alguns pontos relevantes. A liberdade individual reforçada pela constitucionalização deve ser interpretada, sempre, como uma liberdade *tout court*, e não uma liberdade orientada à persecução de determinados fins ou objetivos, a exemplo da realização de certos valores prestigiados constitucionalmente etc. Com isso, a utilização, ou não, dos direitos pelos seus titulares, bem como as causas e os fins motivadores das condutas destes, não é assunto relativo ao Estado, que não deve valorar, juridicamente, a conduta do indivíduo nessa seara, pois isso é assunto particular.

Outra decorrência dessa teoria diz com a irresponsabilidade do Estado de assegurar e garantir a realização da liberdade, objeto de um direito fundamental. A realização efetiva de cada liberdade fica a cargo da iniciativa individual ou social, uma decorrência lógica da consideração dos direitos fundamentais como delimitadores da atuação estatal: protege-se, apenas, a exclusão ou o tratamento desproporcionalmente interventivo do Estado. Por exemplo, da garantia à liberdade de imprensa não decorre qualquer obrigação estatal de intervir para realizar a liberdade completa da imprensa; da liberdade para a implantação e funcionamento de instituições particulares de ensino não decorre qualquer obrigação de financiamento dessas instituições. Neste ponto, Böckenförde chama a atenção para o problema fundamental da teoria liberal dos direitos fundamentais: ela parte da

¹⁵ Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934. p. 147.

premissa, segundo a qual todas as pessoas reúnem condições suficientes para a realização das suas necessidades e efetivação das suas liberdades, sem refletir sobre a dependência das possibilidades de realização das liberdades dos direitos fundamentais em função das condições sociais subjacentes às várias parcelas da população¹⁶.

Para a teoria institucional, os direitos não têm, primariamente, o caráter de direito de defesa do indivíduo, diante do Estado. Os direitos se vão realizar e desenvolver em regulações normativas institucionais, guiadas pela ideia ordenadora de direito fundamental e que, desse jeito, cunhar-se-ão nos fatos e nas relações fáticas aos quais se aplicam, assumindo-os e conferindo relevância jurídico-normativa. A liberdade, nesta teoria, vira apenas mais um “dato objetivo”, realizada na configuração jurídica dada pelo legislador e condicionada pelas circunstâncias vitais; assim, são os complexos normativos que conferem direção, medida, segurança, conteúdo e função à liberdade.

Para Paulo Bonavides, a teoria institucional teve grandes acertos. Em primeiro lugar, revalorizou o papel da lei, em comparação ao proposto pela teoria liberal. Se, nesta, a lei tinha a função básica promover intervenções restritivas aos direitos, “do ponto de vista da hermenêutica aplicada aos direitos fundamentais”, na teoria institucional, a lei converte-se, a respeito desses direitos, em instrumento positivo, o qual faz possível e promove a própria liberdade. A lei terá, até mesmo, a missão de conferir conteúdo aos direitos, pois já se entende que a liberdade possui “morada na instituição e nela se constitui, nela se desenvolve, nela se concretiza.” A esse processo, dá-se o nome de institucionalização da liberdade. Aqui, quando uma lei se põe a restringir um direito fundamental, não vem a restringir na concepção liberal, mas tolhe “construtivamente”, porquanto essas limitações já estão contidas na própria noção de liberdade e são guiadas e iluminadas pelas luzes da teoria institucional. A liberdade, portanto, é a liberdade-fim, uma liberdade destinada à ao atingimento de certos objetivos, certas tarefas; nisto reside uma das diferenças mais

¹⁶ Cf. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez e Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 48-52. Canotilho reforça a crítica com duas observações: (1) a efetivação de liberdades constitucionalizadas, atualmente, não depende apenas de esforços individuais, mesmo no contexto de liberdades clássicas; (2) a teoria seria “cega” em relação à indispensabilidade de pressupostos sociais e econômicos para o atingimento das liberdades (cf. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1396-1397).

marcantes a respeito da concepção liberal, a qual propugna uma liberdade vazia, “desprovida de um substrato que somente a realidade ministra e fora da qual os direitos fundamentais se fazem de todo ininteligíveis tanto na sua estrutura como no seu raio de abrangência constitucional.”¹⁷ Böckenförde sublinha este aspecto, ao escrever que a lei é um instrumento de favorecimento e de realização das liberdades. Este fator abriria margem para uma distinção importante: entre leis conformadoras e delimitadoras de direitos e leis limitativas de direitos, a escapar-se, assim, da delimitação da competência legislativa de regulação trazida pela teoria liberal dos direitos fundamentais, nos moldes do princípio da distribuição do Estado de direito burguês¹⁸. Contudo, esse “acoplamento” do direito fundamental ao mundo institucional abre margem para a crítica, provavelmente a mais aguda dirigida contra a teoria: ela serviria à manutenção do *status quo*. Isto porque as circunstâncias sociais e econômicas existentes, ou mesmo as regulações normativas já editadas, acabam sendo “blindadas”, uma vez que se apresentarão como realização ou conformação institucional objetiva da garantia reforçada do direito fundamental; conseqüentemente, o legislador já não poderia interferir nesse conjunto de fatores¹⁹.

A teoria axiológica tem seu ponto de partida creditado à teoria da integração de Rudolf Smend. Da mesma forma que o Estado se põe como processo de integração intermitente de (e em) uma comunidade de valores, de culturas e de vivências, os direitos fundamentais se ordenam como fatores constitutivos desse processo, na condição de meios e de elementos da criação do Estado. Para Smend, os direitos fundamentais proclamam um sistema de valores, um sistema cultural, destinado a ser o sentido da vida estatal, constituída pela Constituição: para a teoria do Estado, significa intenção de integração material; para a teoria do direito, legitimação do ordenamento jurídico positivo. Em virtude desse sistema valores, o

¹⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 618-619.

¹⁸ Como será discutido no capítulo 2, haverá a adoção de uma teoria que não promove distinção entre regulamentação e restrição a direito fundamental, pois, em ambos os casos, há a imposição de uma limitação ao exercício de um direito. O mais importante é a investigação sobre se há uma *justificativa* bastante para a limitação, e a proposição da tese institucional de dividir normas limitadoras dessa forma pode complicar a percepção da necessidade de uma justificativa para qualquer desbaste ao âmbito de proteção de um direito.

¹⁹ Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez e Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 53-57.

ordenamento deve vigor, ser legítimo²⁰. Os direitos fundamentais, destarte, fixam um sistema de valores, ou de bens, através do qual os indivíduos alcançam um *status* material; integram-se, objetivamente, como um povo de idiossincrasias nacionais.

Para a teoria axiológica, as normas jusfundamentais têm o mesmo caráter primário de normas objetivas, e não de pretensões subjetivas. O conteúdo dos direitos fundamentais se deixa preencher como dedução do fundamento axiológico da comunidade estatal e como expressão de uma decisão valorativa que essa comunidade adota para si mesma. Uma consequência importante se extrai desse ponto: a liberdade para a realização dos valores expressados nos direitos e no marco da ordem de valores instaurada por eles não existe antes da totalidade estatal, mas está compreendida nas decisões axiológicas da Constituição – e nela se expressa. Mais uma vez, há claro ponto de contato entre as teorias axiológica e institucional, já que ambas negam a existência das liberdades individuais antes de qualquer constituição do Estado.

Rudolf Smend afirma, a respeito do sistema de direitos fundamentais, que, enquanto fundado e cravado em circunstâncias históricas delimitadas, é, em si, objeto exclusivo da ciência do espírito, sem relação com o método jurídico usual. A ciência jurídica não pode olvidar esse ponto e ignorar o sistema por três razões básicas: (1) a legitimidade específica dada pelo sistema de direitos é uma qualificação do ordenamento jurídico positivo; (2) ele oferta, pelo menos, regras para a interpretação do (demais) direito positivo; (3) os direitos fundamentais, enquanto conjunto específico de normas, somente podem ser corretamente aplicados, a partir da consideração do contexto espiritual complexo²¹.

Ainda que também contribua para o desenvolvimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a teoria axiológica recebe um grande número de críticas, proveitosamente compendiadas por Canotilho em três grupos: em primeiro lugar, a investigação sobre essa ordem de valores, pelo nebuloso método científico-espiritual, pode dar ensanchas a uma hierarquização de valores com parâmetros

²⁰ “Del tutto a prescindere da ogni validità di diritto positivo, i diritti fondamentali proclamano un determinato sistema di valori, un sistema culturale, destinato a essere il senso della vita statale costituita dalla costituzione. Per la teoria dello Stato ciò significa intenzione di integrazione materiale, per la teoria del diritto legittimazione dell'ordinamento positivo dello Stato e del diritto: è in nome di questo sistema di valori che questo ordinamento positivo deve vigere, esse legittimo.” (SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Tradução de F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988. p. 246).

²¹ Cf. o livro por último citado, à página 247.

subjetivos, sem qualquer lastro em critérios de relevância objetiva; (2) a ordem de valores tende a transformar os direitos fundamentais em um sistema fechado, separado do restante da Constituição; (3) a ordem dos valores deixa aberta uma via para uma interpretação espiritual dos direitos fundamentais, conducente a uma tirania dos valores, estática e decisionista²².

Para a teoria democrático-funcional, os direitos fundamentais devem ser encarados, sumamente, pela função pública e política que desempenham. Os direitos com referências democráticas, a exemplo da liberdade de opinião e de associação, ocupam um lugar destacado, até porque todos os direitos fundamentais alcançam seu sentido como fatores constitutivos de um processo de produção livre democrática, é dizer, ocorrido de baixo para cima, do Estado e de um processo de formação da vontade política. As liberdades dos direitos fundamentais devem ser agentes catalizadores desses processos. Nesse sentido, a ideia de que os direitos fundamentais devem assegurar uma esfera individual livre de qualquer interferência estatal é uma expressão de pensamento apolítico; toda a legitimação dos direitos fundamentais vem de objeto e de função públicos e democrático-constitutivos que eles devem cumprir – e que determinam os seus conteúdos. Nuclearmente, os direitos fundamentais são normas conferidoras de funções e competências em assuntos públicos e no processo político, mas não normas de distribuição de competências e limites entre os titulares de direitos fundamentais e o Estado.

O ponto de referência, aqui, é o processo político democrático. Os direitos fundamentais convertem-se em meio para facilitar e assegurar este processo; eles acabam totalmente funcionalizados, com o conteúdo e o alcance da liberdade assegurada dados segundo a função à qual ela serve. Esta consideração abre azo a conformações hipotéticas perigosas de direitos fundamentais: a liberdade de imprensa poderia abranger apenas os meios destinados a difundir informações políticas, de sorte a excluir a imprensa de mero entretenimento; a liberdade de reunião poderia abranger apenas as reuniões ligadas a demandas políticas ou públicas. Em qualquer caso, seria viável o uso da liberdade, orientado e motivado politicamente, ganhar primazia sobre o uso da liberdade orientado privativamente²³.

²² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1397-1398.

²³ A isso, Böckenförde atira uma crítica importante. A questão sobre a delimitação do uso político ou apolítico de uma liberdade converte-se na discussão sobre quem fará essa delimitação – e com quais elementos ela será feita. Como não há objeto delimitável para essa questão política, ficaria aberto o

Outra consequência da teoria para a interpretação dos direitos fundamentais diz com a conversão das liberdades, na prática, em deveres. Isto porque a liberdade de um direito fundamental perde o seu caráter voluntário, ou, será dizer o mesmo, o titular do direito perde a discricionariedade sobre a utilização, ou não, da competência que lhe acaba sendo conferida pelo direito. A liberdade é garantida em virtude da facilitação promovida para o processo político democrático e, por conseguinte, não se pode deixar o seu exercício a critério do seu titular, de tal sorte que ela assume foros de um serviço público e de um dever²⁴.

Finalmente, a teoria do estado social explora as insuficiências da teoria liberal dos direitos fundamentais. Tem-se a consciência de que, em sociedades complexas e diversificadas, como as atuais, alguns fatores colaboram para a ausência dos pressupostos sociais necessários à realização das garantias jurídicas para muitas pessoas, as quais, deixadas à sorte dos seus titulares, convertem-se em fórmulas vazias, meras promessas feitas pela Constituição. Esta teoria tem a pretensão de superar o desdobramento entre liberdade jurídica e liberdade real. Os direitos fundamentais não têm, apenas, a função de delimitar a atividade estatal, mas também devem servir à facilitação de pretensões de prestações sociais diante do Estado, pois o conteúdo do direito não é somente a liberdade abstrata; vai além, para abranger também a liberdade real.

As implicações da ideia central da teoria do estado social para a interpretação dos direitos fundamentais são bem amplas. Em primeiro lugar, ressalte-se o fato de que a realização de alguns direitos requererá altos

caminho para o decisionismo politicamente motivado (cf. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez e Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 61-62). Esta questão está relacionada, embora não de maneira necessária, à adesão por uma teoria interna ou externa das restrições a direitos fundamentais. Grosso modo, para a primeira, não existe algo além do direito fundamental, que seja a restrição; o direito já é consagrado, definitivamente, com as limitações impostas pelo ordenamento jurídico (os chamados *limites imanes*). Para a segunda, existe o direito fundamental e a restrição, como elementos distintos entre si. Desta forma, nós podemos ter um direito fundamental com um âmbito de proteção mais amplo, que vale *a priori*, e uma restrição que se coloque diante de um caso concreto, em virtude da necessidade de realização de outros valores constitucionalmente consagrados. A segunda teoria tem o valor de pôr em relevo a necessidade de *justificação* das restrições a um direito, ao invés de fundamentá-las nos limites misteriosamente imanes a ele. Uma teoria democrático-funcional tenderia a impor limites imanes a cada direito, ligados à função desempenhada por cada um. Sobre a noção de limites imanes, cf. nº 2.1.2.1.

²⁴ Analiticamente, a competência conferida pelo direito fundamental é cumulada com um dever jurídico. Sobre as noções de competência e de dever jurídico, cf. GOMES, Felipe Lima. *Omissões legislativas sobre direitos fundamentais: aspectos teóricos*. Saarbrücken: NEA, 2015. p. 7 ss., com amplas indicações bibliográficas.

direcionamentos de recursos financeiros estatais. O fundo do cofre do Tesouro será, assim, um limite necessário à garantia de realização dos direitos fundamentais. A necessária tomada de decisões sobre as prioridades no emprego desses recursos deixa de ser uma questão de discricionariedade política e passa a ser uma questão de observância de direitos fundamentais, permeada por conflitos e concorrências entre eles. A competência para tomar essa decisão será alvo de disputa entre Executivo, Legislativo e Judiciário, o que acarretará uma grande jurisdicionalização de disputas políticas por competências estratégicas sobre a política de direitos fundamentais²⁵. O problema somente se agrava, porque os direitos fundamentais, interpretados conforme aos ditames desta teoria, não trazem consigo nenhum critério indicador da extensão das suas garantias – se um grau mínimo, médio ou máximo – assim, como não trazem uma escala hierárquica entre si, é dizer, que conjunto de direitos fundamentais deve prevalecer sobre outros.

O grande risco carreado pela impossibilidade de resolução de todos esses problemas no âmbito jurisdicional é a redução dos direitos fundamentais a meros encargos constitucionais (*Verfassungsaufträge*), sem o poder de fundamentar uma pretensão subjetiva justificável, de tal modo que vinculariam apenas ao Legislativo e ao Executivo, na condição de normas de princípio, objetivamente. Como resultado, a extensão e a intensificação dos direitos nesta teoria levaria a uma minoração das pretensões jusfundamentais, reduzidos a meros encargos constitucionais, e isso representaria o fim da vigência efetiva dessas normas²⁶.

Ao final da exposição do catálogo básico compilado por Böckenförde, cumpre indagar qual a teoria adequada ao desenvolvimento deste trabalho. Em primeiro lugar, não será demais reiterar a crítica, feita pelo próprio Böckenförde e por outros autores, no sentido de que a utilização indiscriminada das várias teorias não deve ser deixada a cargo do intérprete, de acordo com a sua conveniência. Cada teoria pode, por vezes, conduzir a resultados diferentes e traz, subjacentes a si, concepções de Estado e de vinculação dos indivíduos a ele diversas. Tomar cada

²⁵ Este é exatamente o *locus* do fenômeno chamado “politização do poder judiciário”, ou “jurisdicionalização da política”, tão em voga no constitucionalismo brasileiro das últimas décadas. Sobre o tema, vale conferir, por todos, FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de (org.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

²⁶ Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez e Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 64-66.

teoria como um instrumento de que se pode lançar mão de forma opcional, como se houvesse uma “caixa de ferramentas” à disposição permanente do intérprete, equivaleria a negar que a Constituição concreta parte de uma ideia da relação entre o indivíduo e a comunidade estatal, a conferir uma força normativa especial.

Por essas razões, a busca por uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada deve ser a grande e basilar missão do intérprete seriamente preocupado com o lançamento de premissas mais claras, mais honestas e menos contestáveis para sua atividade hermenêutica. Isso não se deve apenas a questões pragmáticas, a fim de balizar a margem de conformação na interpretação dos direitos fundamentais, mas também por questões teórico-constitucionais. A missão é a propositura de uma teoria dos direitos fundamentais voltada à resolução de conflitos da Constituição brasileira de 1988, uma constituição positiva, que não seja orientada apenas por uma teoria abstrata e irreflexiva dos direitos fundamentais, mas também seja, no expressivo dizer de Canotilho, “praxeologicamente orientada” e compreensiva da “multifuncionalidade” dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico, em que será inadmissível reconhecer apenas a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e a função defensiva que eles possam cumprir²⁷.

Cristina Queiroz acerta, quando indica que essa tarefa postula um esquema interpretativo dos direitos fundamentais que tome em linha de conta uma pluralidade de componentes “no que concerne à concretização e realização desses direitos e liberdade em seu conjunto”, para evitar uma teoria constitucional tendente à “petrificação” na leitura e interpretação dos direitos fundamentais²⁸. Acerca do direito à herança, esta lição é de importância vital; muitos institutos básicos de direito sucessório no direito brasileiro sofreram alterações pouco significativas desde o direito reinól. Uma adoção pura e simples da teoria institucional, por exemplo, conduziria à conclusão de que essa normação integra a própria instituição, faz parte da própria liberdade, e o direito à herança, consagrado constitucionalmente, serviria de “cunho” jurídico a esse complexo de relações jurídicas e vitais já existentes, há

²⁷ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1402-1403; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez e Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 67-68.

²⁸ Cf. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 79-80.

tanto tempo. Porém, como o direito à herança está vincado ao direito à propriedade e à concepção de família, pela sua natureza e pela conformação infraconstitucional que ele traz no Brasil, ignorar as alterações nas concepções desses dois institutos jurídicos seria uma falta de graves consequências – e poucos foram os institutos que experimentaram maiores alterações sobre os seus significados e funções após a Constituição de 1988. Não à toa, estas evoluções serão as justificativas fundamentais para as propostas de releitura de institutos do direito sucessório no capítulo quatro. Portanto, convém ressaltar a proposta de Konrad Hesse, acerca do “princípio da concordância prática”, ao propor a interpretação e inteligência dos direitos em conjunto, sempre, com as outras partes da Constituição²⁹, a partir da qual Cristina Queiroz sugere a feitura de uma teoria geral objetiva dos direitos fundamentais, alicerçada num sistema coerente de direitos, de acordo com a constituição positiva, assentada numa concepção política de “pessoa” como ser livre e autônomo, independente dos poderes públicos³⁰.

Feitas essas considerações, está aberto o caminho para a indicação de que uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada para o trato do direito à herança e de direitos que tenham a sua mesma estrutura passará ao largo da adesão simples a uma dessas teorias (ou de quaisquer outras). Conglobará, na verdade, tanto quanto for possível, elementos dessas teorias e elementos novos, se se mostrar necessário. Assiste, pois, razão a Robert Alexy, quando ele defende a adequação de uma teoria geral dos direitos fundamentais integrada, a qual reúna um conjunto de enunciações válidas sobre direitos fundamentais, a partir de um referencial positivo³¹, seja qual for a teoria donde provenha tal enunciado. Uma teoria dessa natureza acabaria inviável sem o

²⁹ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 66-67.

³⁰ Cf. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 80-81.

³¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 49. É importante ter em mente que Alexy estava preocupado em desenvolver uma teoria geral dos direitos fundamentais para a Constituição alemã. Seja como for, muitos autores ressaltam o proveito da utilização do referencial alemão para o estudo dos direitos fundamentais no Brasil. Mais recentemente, Marcelo Shenck Duque observou que, em matéria de dogmática dos direitos fundamentais, os ordenamentos jurídicos da Alemanha e do Brasil estão muito próximos, sem apresentar incompatibilidades notáveis. Seria possível perceber isso, quando se nota que ambos os ordenamentos constitucionais consagram a dignidade humana e uma gama ampla de direitos em comum, com destaque para a proteção da personalidade. Embora haja pontos de divergências, haveria pontos bastantes de convergência na defesa e proteção da pessoa humana, bem como na tentativa de conferir eficácia máxima aos direitos (cf. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 33).

desenvolvimento de um aporte analítico, que servisse ao empréstimo de maior racionalidade das valorações indispensáveis à ciência jurídica. O trabalho na dimensão analítica tem o poder de evitar que a ciência dos direitos fundamentais fique, em grau insustentável, à mercê das lutas ideológicas e da retórica ligada a elas. Deste modo, será necessário o estudo, ainda que sucinto, de questões ligadas à noção de direito fundamental, sua estrutura normativa, suas restrições etc., a fim de se ter o amparo teórico analítico necessário à realização da acomodação do direito à herança numa teoria estruturada e “praxeologicamente orientada”, tendo como parâmetro a Constituição brasileira de 1988.

1.3 Noções de direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador

Como se deve ter percebido, a dação de um passo adiante, a respeito de uma teoria dos direitos fundamentais, envolverá a exploração mais detida da dimensão analítica que eles encerram. Na sequência, a fim de serem evitadas maiores confusões de cunho terminológico, serão precisados os significados com os quais algumas expressões são utilizadas no trabalho. Este esforço cumprirá dois objetivos importantes: (1) evitar discussões decorrentes da utilização assistemática de expressões centrais no trato dos direitos fundamentais; não raro, encontram-se falsas discussões, devidas à utilização das mesmas expressões, com significados distintos (a distinção entre regras e princípios é pródiga em casos que tais); (2) nas próprias noções expendidas, já serão plasmados os recursos teóricos necessários à prossecução da pesquisa. Mais uma vez, será importante salientar que a exposição de alguns temas, embora laterais na pesquisa, precisam de um certo pormenor, como forma de compensar-se uma deficiência sistemática da literatura na abordagem jusfundamental de direitos privados.

Para fundar esse intuito, será explicado o que se entende por direito fundamental e qual a sua estrutura normativa. Para isso, o repasse das bases da teoria dos princípios de Robert Alexy será realizado. A partir dela, haverá uma melhor visualização de como o direito à herança entra em relação com outros direitos componentes do ordenamento jurídico constitucional. Esta colocação carrega a obrigação de averiguar a relação que os direitos fundamentais estabelecem com os poderes constituídos, notadamente o Legislativo, o qual é o principal encarregado

de dar prosseguimento à atividade normativa iniciada pelo constituinte. As formas pelas quais os direitos fundamentais vinculam o legislativo e a abrangência dessa vinculação são de compreensão necessária para a crítica ao direito infraconstitucional, relacionado ao direito à herança. Esse quadro será o bastante para, no capítulo vindouro, ser estudada a teoria das restrições aos direitos fundamentais, pedra-de-toque das críticas à normação constitucional realizadas no quarto capítulo.

1.3.1 O direito fundamental completo

Um passo decisivo para o trato de qualquer tema relacionado a direitos fundamentais é exatamente o da explicitação do que se compreende pela expressão. Muitas discussões sobre a aplicabilidade ou colisão de direitos fundamentais repousam, sem que muitas pessoas consigam perceber, na divergência sobre a noção adotada. Primeiro que tudo, não se pode esquecer de que o intento é chegar a um resultado produtivo para a reconstrução do material jurídico-constitucional brasileiro, com especial atenção à sua utilidade na compreensão do significado da consagração constitucional do direito à herança (na Constituição brasileira, sem pretensões de cravar um conceito universalmente válido, ou, pelo menos, um conceito utilizável a um sem-número de ordenamentos jurídicos)³². Será importante delinear qual a nota distintiva de um direito fundamental, bem como procurar por uma forma teórica satisfatória de representar as situações jurídicas constituintes de direitos dessa natureza.

Uma tentativa de reconhecer a fundamentalidade de um direito numa construção que pretenda servir para o controle de constitucionalidade deve estar, necessariamente, atenta à possibilidade de esse direito servir como parâmetro para a aferição da constitucionalidade de alguma situação jurídica. Nesse sentido, a

³² Jamais será demais repetida a seguinte lição de Genaro Carrió: “Buena parte de las controversias entre juristas consisten en problemas de clasificación, abordados como si se tratara de cuestiones de hecho. No se advierte que no tiene sentido refutar como “falsa” una clasificación –o sus resultados– y postular en su reemplazo otra “verdadera”, como si se tratara de dos modos excluyentes de reproducir con palabras ciertos parcelamientos y subdivisiones que están en la “naturaleza de las cosas”. Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales* o *inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables” (*Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 99).

doutrina da fundamentalidade formal dos direitos se mostra mais adequada para o propósito buscado, por deixar mais claro quais direitos terão as normas que os consagram com força jurídica constitucional. A doutrina que defende a possibilidade de existência de direitos fundamentais fora da constituição, é dizer, direitos fundamentais cujas normas têm força jurídica inferior à constitucional, leva a algo absurdo, por reconhecer direitos fundamentais sujeitos a alteração, ou mesmo supressão, por vontade da simples maioria parlamentar ocasional. Desta forma, é de se concordar com a afirmação segundo a qual a força constitucional de um direito é condição necessária e suficiente da sua fundamentalidade formal (direito fundamental = direito que possui força jurídica constitucional)³³⁻³⁴. Para o caso brasileiro, a doutrina da fundamentalidade formal não fica sujeita à crítica de que isso restringiria o rol dos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico àquele inscrito expressamente no texto constitucional, pois a cláusula do § 2º, do art. 5º³⁵, permite exatamente o reconhecimento da fundamentalidade de outros direitos³⁶.

³³ Nesse sentido, cf. DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119-120; *Idem*. DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

³⁴ A propósito da força jurídica constitucional, é de se reconhecer a fundamentalidade dos direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos aprovados nos termos do § 3º, do art. 5º, já que a própria constituição equipara esses atos às emendas constitucionais.

³⁵ “Art. 5º (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

³⁶ Martin Borowski critica a concepção formal, pois, na Constituição alemã, haveria direitos reclamáveis por instrumentos processuais constitucionais, tanto na própria Constituição, como fora dela, razão pela qual não se poderia fugir a uma concepção material dos direitos fundamentais (cf. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 34-35). Esta crítica, pelos motivos expostos, não atinge o caso brasileiro. Todas as consequências do regime jusfundamental de um direito já decorrem, no sistema brasileiro, repita-se, da sua admissão como constitucional: se o for, contará com o regime especial; se não, não. Também não vem ao caso, para fins de concessão do regime diferenciado, qualquer tipo de ligação dos direitos fundamentais com direitos humanos, pretensamente existentes antes mesmo da Constituição. Na tradição brasileira, esse tipo de pensamento já inspirou certas classificações dos direitos, como a de Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, para quem eles podem ser de três ordens: (1) naturais ou individuais; (2) civis; (3) políticos. Os indivíduos já contariam com os primeiros pelo simples fato de existirem, pois tais direitos não seriam produtos da lei positiva, mas “atributos, dadas do Creador.” Os direitos civis subdividir-se-iam em duas partes, que podem ser os garantidos pela lei civil, ou os resultantes puramente das instituições e disposições cíveis de cada nacionalidade. Os direitos políticos seriam “filhos unicamente das leis ou constituições políticas, são criações das conveniências e condições destas, e não faculdades naturais.” Ainda segundo ele, todos teriam os primeiros direitos, indistintamente. Os segundos, enquanto puramente civis, na ótica do ordenamento brasileiro, somente pertenceriam aos nacionais, pois a Constituição imperial fazia essa limitação (ver nº 1.1). Os terceiros, somente aos nacionais, que contemplassem certos requisitos adicionais (cf. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1857. p.

Realizado o *discrímen* entre os direitos fundamentais e os demais direitos, é importante aderir a uma forma de representar as situações jurídicas ligadas aos primeiros. A concepção do jurista alemão Robert Alexy é, além de amplamente influente, útil a esse propósito. O desenvolvimento, feito por ele, da ideia de direito fundamental completo foi um dos passos mais importantes da teoria dos direitos fundamentais, pois proporcionou um recurso teórico valorosíssimo também para outros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro. Segundo Alexy, que um direito fundamental completo é um plexo de posições jurídicas atribuídas a textos que versam sobre direitos fundamentais é somente um aspecto do problema. Sob a noção de direito fundamental completo, são comportadas as mais variegadas relações entre normas e posições jurídicas conferidas aos titulares dos direitos fundamentais, dentre as quais três poderiam ser verificadas com facilidade: uma relação meio-fim, uma relação de especificação e uma relação de sopesamento, o que denotaria a complexidade de se estabelecer com precisão o conteúdo de um direito e a necessidade de se trabalhar com todos os recursos da interpretação constitucional na determinação desse conteúdo, pois ele pode ser determinado somente após o estabelecimento das posições jurídicas que se relacionam com os componentes centrais de um direito por uma das relações citadas³⁷. Esta noção possibilita uma compreensão expansiva desses direitos, de modo a abranger posições jurídicas que somente se mostrem integrantes de um direito fundamental após um esforço interpretativo, às vezes extremamente complicado, sem deixar de integrá-lo por isso³⁸. Com efeito, qual o conjunto de posições jurídicas específicas conferidas a um indivíduo, a partir da consagração constitucional do direito à herança? A resposta a esta pergunta pode variar imensamente, a depender das relações estabelecidas com outros direitos e com outras circunstâncias, que possam fazer com que esse conjunto aumente ou diminua.

A adequação dessa lição ao direito constitucional brasileiro parece de

389-390). Classificações dessa ordem também não alteram a ideia básica de que os direitos, seja qual for a categoria em que se encartem, uma vez constitucionalizados, gozam do mesmo regime.

³⁷ O professor alemão trata disso em sua *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 248 ss.

³⁸ Nas palavras do próprio Alexy: "O direito fundamental completo é algo bastante complexo, mas em hipótese alguma um objeto inescrutável. Ele é composto de elementos de estrutura bem definida – das posições individuais dos cidadãos e do Estado –, e entre essas posições há relações claramente definíveis – as relações de especificação, de meio-fim e de sopesamento. (...) Isso faz com que fique claro que no âmbito do questionamento acerca do que faz parte do direito fundamental completo todos os problemas da interpretação dos direitos fundamentais vêm à tona" (cf. a obra citada na nota anterior, à página 253).

demonstração pouco difícil de ser realizada. Com efeito, diversos são os direitos que, para conseguir sua efetivação, mesmo em grau mínimo, podem se revelar grandes complexos de posições jurídicas de naturezas diversas. Os direitos à propriedade, à educação, à saúde, ao trabalho, dentre outros, e, para o que mais importa, o direito à herança, demonstram a impossibilidade prática de se delinear um conjunto prévio ou fixo das posições jurídicas por eles encerradas, seja pelo fato de eles terem um conteúdo, por vezes, bastante abrangente, seja por haver mudanças desse conteúdo ao longo do tempo. Esta especificidade de muitos direitos fundamentais aponta para a necessidade de se estudar que estrutura devem ter as normas jurídicas, a fim de se representar adequadamente as situações jurídicas envolvidas. Mais uma vez, a contribuição de Robert Alexy subsidia proveitosamente o aparato teórico tomado no trabalho. A distinção entre princípios e regras, com as suas decorrências, fornece aparato satisfatório para algumas questões envolvidas nas decisões controladoras da constitucionalidade das limitações legislativas aos direitos fundamentais. Pela importância e pela dimensão deste ponto, é conveniente uma abordagem apartada.

1.3.2 Distinção entre regras e princípios

A literatura jurídica já conta com inumeráveis propostas de classificação das normas jurídicas, muitas das quais envolvem, de alguma forma, a oferta de noções para regras e princípios jurídicos. Não raro, é até defendida a inexistência de diferença entre ambos, ou a falta de caráter normativo dos princípios, embora estas sejam posições doutrinárias cada vez menos sufragadas pelos autores³⁹. Propostas baseadas na relevância dos princípios e no fato de eles servirem como fundamentos para normas de comportamento⁴⁰, ou na generalidade das condutas que estabelecem como devidas e na menor especificação de seus destinatários⁴¹,

³⁹ Acerca da saga enfrentada pelos princípios ao longo do reconhecimento de sua normatividade, vale conferir a extensa pesquisa de Paulo Bonavides (cf. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255 ss.). Cf., também, ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 69 ss.

⁴⁰ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 316, 674.

⁴¹ Nesse sentido, veja-se ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, v. 1, n. 4, 2001. p. 21. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf. Acesso em 04/04/2012.

também angariam adeptos de peso. Mais comum, ainda hoje, pelo menos no direito brasileiro, é a adoção de uma concepção de princípios baseada na fundamentalidade dessas normas para o sistema jurídico, é dizer, a nota distintiva residiria no posto nuclear dessas normas para o ordenamento⁴². Nas últimas décadas, sobretudo graças à contribuição de Robert Alexy, difundiu-se uma distinção qualitativa entre regras e princípios, englobados como espécies do gênero norma, distinção lastreada na proposição de estruturas diferentes entre essas espécies normativas⁴³⁻⁴⁴. Um repasse de todas as classificações propostas é inviável neste trabalho; existem quase tantas variações a esse respeito, quantos são os autores dedicados ao tema. Assim, o fundamental é investigar a mais proveitosa para os intentos perseguidos; com isso, não se exclui a possibilidade de qualquer outra classificação ser mais útil em empreendimentos teóricos diversos.

A estrutura da norma de direito fundamental exige uma classificação que dê conta da variedade das posições jurídicas constantes de muitos direitos, como já foi dito. Isso significa a demanda por uma distinção atenta à estrutura das normas. Parcialmente baseado em alguns trabalhos de Ronald Dworkin, Robert Alexy faz uma diferenciação que pode ser vazada nos seguintes termos: regras são normas que “são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas”. A validade de uma regra impõe a realização daquilo que ela exige, e a exigência estabelecida por uma regra contém determinações no âmbito do possível, fática e juridicamente. Princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das limitações fáticas e jurídicas, opostas às suas efetivações. Desta forma, são mandamentos de otimização, caracterizados pela possibilidade de satisfação em graus variados, de acordo com a determinação empreendida pelos princípios e pelas regras colidentes⁴⁵.

Essa possibilidade de uma “degradação” na realização de um princípio,

⁴² É extremamente difundida a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello de princípios como mandamentos nucleares de um sistema (cf. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 408).

⁴³ O trabalho fundamental de Alexy sobre o tema é *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. esp. p. 85 ss.

⁴⁴ Uma breve retomada das propostas para a compreensão de princípio e uma análise (crítica) da recepção das ideias de Robert Alexy no Brasil podem ser colhidas em SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 1, 2003. p. 607-630.

⁴⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91; *Idem*. On the structure of legal principles. *Ratio juris*, v. 13, n. 3, set., 2000. p. 295.

em virtude da interferência na realização de outro(s), deixa entrever a diferença nas soluções de tensões que envolvem regras e princípios. Para resolver essa dificuldade, Alexy se vale da metáfora da colisão entre normas – tais colisões ocorrem quando duas normas levam a resultados contraditórios entre si – e distingue a colisão entre regras da colisão entre princípios. Uma colisão entre regras pode ser solucionada apenas mediante a introdução de uma cláusula de exceção da aplicabilidade de alguma, ou mediante a declaração da invalidade de uma delas. Afirmer a necessidade da invalidade de uma das normas em colisão, caso não haja uma cláusula de exceção, nada diz a respeito dos critérios indicadores das normas cuja invalidação deve acontecer – estes critérios (tais como o da especialidade), comumente, são apontados pelo próprio ordenamento. De maneira bem diversa, na colisão entre princípios, um deles terá-de ceder, parcial ou totalmente, de sorte que se ache o ponto de otimização no equacionamento do conflito⁴⁶; contudo, isso não impõe a declaração de invalidade de algum dos princípios envolvidos; também não se precisa de uma cláusula de exceção. Nestes casos, um princípio tem precedência sobre outro, observadas algumas condições – relação de precedência, que pode mudar, caso mudem as circunstâncias nas quais se dá a colisão. Isso se justifica pelo fato de os princípios serem mandamentos de otimização, os quais podem apresentar pesos diferentes no caso concreto. As colisões entre princípios se resolvem na dimensão do peso, ao passo que as colisões entre regras se resolvem na dimensão da validade.

Alexy formula uma lei para a colisão entre princípios, sendo essas colisões vazadas em relações de precedência condicionada. Suponha-se uma relação entre os princípios P_1 e P_2 : se o princípio P_1 , sob as condições C , prevalece sobre P_2 – o que se pode representar pelo seguinte enunciado: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ – então C é condição de uma relação de precedência e, portanto, condição para a aplicação de uma regra que prescreve as consequências jurídicas de P_1 ⁴⁷. Nas palavras do próprio autor, na formulação menos técnica proposta para a lei de colisão: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o

⁴⁶ A natureza dos princípios como mandamentos de otimização implicaria, portanto, a máxima da proporcionalidade, pois, somente através da observância da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito de uma interferência, será possível atingir-se o ponto ótimo de todos os princípios envolvidos.

⁴⁷ Alexy utiliza a seguinte notação para representar essa situação: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C \rightarrow R$. R representa as consequências jurídicas da ocorrência de C , é dizer, a aplicação de P_1 , e é uma regra, segundo a qual, nas condições C , P_1 prevalece sobre P_2 .

suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”⁴⁸

A lei de colisão é um dos grandes fundamentos da teoria dos princípios de Robert Alexy, e ele assevera que ela denota a natureza dos princípios como mandamentos de otimização por duas formas: (1) ao deixar transparecer a inexistência de relação absoluta de precedência; e (2) ao revelar a referência a ações e situações impassíveis de quantificação. Estes são pontos importantíssimos para o desenvolvimento do trabalho, porque as situações de controle jurisdicional em matéria jusfundamental demandam a solução da colisão de princípios – aqueles cuja satisfação mais abrangente está obstada pela omissão do legislador e o princípio da liberdade de conformação do legislador, esta cumulado com outros princípios eventualmente contrários à realização dos primeiros. Mas a compreensão mais aprofundada disso depende da explicação do tipo de princípio que a liberdade de conformação do legislador é, além da própria compreensão dessa liberdade de conformação. O primeiro ponto será abordado logo, enquanto o outro ficará para o próximo número.

Somente pelas poucas referências feitas ao longo do texto, é possível notar que o princípio da liberdade de conformação do legislador não tem propriamente um conteúdo, como princípios de direito fundamental, a exemplo da norma-princípio consagradora do direito à propriedade ou do direito à herança. Princípios como a liberdade de conformação do legislador são formais, os quais estabelecem que as regras criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar uma prática estabelecida, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas⁴⁹. Como escreveu um importante intérprete da teoria de Robert Alexy no Brasil:

Princípios formais são princípios que não são normas de conduta, mas *normas de validade*. A característica fundamental desses princípios é, por

⁴⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92-99; *Idem*. On the structure of legal principles. *Ratio juris*, v. 13, n. 3, set., 2000. p. 295-297.

⁴⁹ Como Alexy fez questão de ressaltar, em trabalho monográfico, isso não significa que um princípio formal, como o do respeito às decisões tomadas pelo legislador, possa justificar a interferência em um direito fundamental, sem qualquer razão material a favor desta interferência, em conjunto com o princípio formal. No caso, a restrição não seria apenas desproporcional, mas completamente arbitrária. “Admitir uma competência do legislador democraticamente legitimado de interferir em um direito fundamental simplesmente porque ele é democraticamente legitimado destruiria a prioridade da constituição sobre a legislação parlamentar ordinária.” (Princípios formais. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: _____. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 20).

isso, o fato de que eles fornecem razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última. (...) No desenvolvimento da teoria dos princípios, na forma como sustentada por Alexy, um dos princípios formais mais importantes seria o princípio da competência decisória do legislador, que se expressa na idéia de que as decisões legislativas devem ser respeitadas na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.⁵⁰

Alexy se ocupou do tema posteriormente e fez questão de ressaltar a natureza principiológica dos princípios formais e que a *differentia specifica* dos princípios materiais reside em que os seus objetos de otimização são determinados conteúdos – poder-se-á citar o direito à herança. Em contrapartida, os objetos de otimização dos princípios formais são decisões jurídicas, independentemente do seu conteúdo. Os princípios formais, exatamente como salientado na passagem acima transcrita, exigiriam a otimização da autoridade de uma norma válida e eficaz, até porque a conformidade com o ordenamento e a eficácia social entram na sua própria definição de positivismo. Por isso, é possível afirmar: os princípios formais estão ligados à dimensão fática ou real do direito⁵¹.

Alguns aspectos desse tema no pensamento de Alexy podem ser deixados de lado, para manter o foco nas partes mais pertinentes ao controle de constitucionalidade da conduta do legislador infraconstitucional acerca de um direito fundamental. Qual o significado dos princípios formais para a matéria desta pesquisa? É relevante, para responder a esta indagação, ter a exata noção de que a caracterização dos princípios formais colacionada parece tê-los em vista apenas como razões para normas que sejam sentido de atos comissivos do legislador (ou de qualquer outro sujeito jurídico que exerça alguma competência a si acometida). Entretanto, e esta é uma “face oculta” dos princípios formais, eles também servem como razões a favor da manutenção de situações jurídicas cuja existência se dá por conta da omissão de agentes como o legislador, ou seja, o princípio da liberdade de conformação do legislador, por exemplo, é uma razão para a manutenção de uma situação jurídica instaurada pela ausência de exercícios de competências jurídicas distribuídas, principalmente competências para a regulação de algumas matérias. Também pode servir para rechaçar a pretensão de que o legislador tenha o dever de revisar alguma matéria. À guisa de exemplo, imagine-se a instituição da herança

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148-149.

⁵¹ Cf. ALEXY, Robert. Princípios formais. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: _____. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 13-14.

necessária. O princípio da liberdade de conformação do legislador atua no sentido de, caso não se exerça a competência para a revisão, ou supressão, desse instituto, a situação jurídica decorrente ser mantida, uma vez que deve ser respeitada a decisão do legislador, democraticamente legitimado, de não vazar a sua competência sobre a matéria, reservada a trato por ato do legislativo (no caso, uma lei). Alguns princípios materiais podem atuar em conjunto com esse princípio formal; no caso projetado, a proteção à entidade familiar pode restar diminuída com uma revisão da herança necessária. Desta sorte, os princípios formais e materiais podem atuar em conjunto nas colisões entre princípios no controle de constitucionalidade dessas normas.

Compreender os princípios formais como princípios nos termos propostos por Alexy significa que eles também são mandamentos de otimização, tanto quanto os princípios materiais. No caso da liberdade de conformação do legislador⁵², ela deve ser realizada na máxima medida, dentro das limitações fáticas e jurídicas do caso concreto. A caracterização da liberdade de conformação como um princípio, a qual entra em relações de precedência nos termos da lei de colisão, traz à tona as duas marcas que denotam a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, já enunciadas: (1) inexistência de relação absoluta de precedência e (2) referência a ações e situações impassíveis de quantificação. Para o estudo do direito à herança, a inexistência de relação absoluta de precedência é crucial: caso se reconhecesse uma precedência absoluta da liberdade de conformação do legislador, o controle jurisdicional da constitucionalidade restaria impossível, pois o legislador constituído seria soberano. A referência a situações impassíveis de quantificação poderá trazer dificuldades na determinação do resultado de algumas colisões⁵³; todo o modo, esse não é um problema que a teoria dos princípios se proponha a resolver de maneira cabal, para todos os problemas possíveis; antes, pretende chamar a atenção para a sua inevitabilidade nos “casos difíceis”. Como

⁵² Alexy parece tratar os princípios da separação de poderes, o democrático e o da liberdade de conformação do legislador como distintos (cf. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 616), embora não seja claro sobre isso. Neste trabalho, defende-se a tese de que esses princípios, pelo menos nas suas ocorrências são intercambiáveis entre si, até porque nenhum tem um conteúdo específico. Assim, é possível trabalhar como se a separação de poderes existisse na medida em que realiza o princípio democrático, o qual é, por seu turno, realizado tanto quanto se respeita a liberdade de conformação do legislador (e vice-versa).

⁵³ Por exemplo, o que vale mais: o direito à propriedade de uma pessoa, ou a proteção à possível futura herança de alguns parentes seus?

será melhor visto, o grande desafio é estabelecer pelo menos alguns indícios das circunstâncias nas quais a liberdade de conformação pode ser superada por princípios materiais de direitos fundamentais.

A noção de que os princípios podem colidir entre si e de que um princípio pode ser satisfeito, em certos casos, às custas de outro, encerra-se na lei da colisão, já exposta, nos termos propostos por Alexy. Um grande flanco se abriria para críticas, caso não houvesse qualquer critério, capaz de indicar alguma justificativa para a degradação do princípio que não prevalecerá, nos termos da lei de colisão: esta lei demonstraria apenas aquilo em que consiste uma relação de precedência condicionada. A lei de colisão, sozinha, não consegue dar nenhum indício da medida que permitirá a degradação de um princípio, em face de outro(s). Este problema fez com que se desenvolvesse outra lei, chamada por Alexy “lei do sopesamento”, de acordo com a qual “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. A lei do sopesamento apontaria, primeiramente, para a importância do princípio colidente e formula, posteriormente, um dever. Mais precisamente, o dever de indicar a importância que se dá, em um caso, para cada um dos princípios em jogo (da importância da realização de um(ns) e da afetação de outro(s)). Para exemplificar, pela lei do sopesamento, uma interferência de grau muito alto no direito à propriedade de um vizinho só se poderia justificar por uma realização de alto grau de importância da propriedade de outro vizinho (imagine-se algum conflito nos direitos de vizinhança, como algo sobre limites entre terrenos); uma medida que não seja relevante para a satisfação da propriedade deste não atenderá a esta lei, se pretender justificar uma intervenção grave no direito daquele. O próprio Alexy reconhece que a sua teoria não tem capacidade de indicar quais intervenções serão consideradas graves, nem quais realizações poderão ser consideradas muito importantes, mas ele não tem essa pretensão. A lei do sopesamento serviria para destacar aquilo que deve ser tomado em consideração na resolução desses conflitos⁵⁴⁻⁵⁵.

Com as considerações realizadas, há subsídios teóricos bastantes para

⁵⁴ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 166 ss.

⁵⁵ A realização do sopesamento, enquanto consideração da contraposição de princípios colidentes, isto é, das condicionantes jurídicas para a realização de um princípio, representa o cumprimento da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade estariam vinculadas às circunstâncias fáticas contrapostas à realização de um princípio.

avançar no estudo da análise dos direitos fundamentais. Nesse sentido, será importante uma visualização um pouco mais abrangente do impacto da consagração de direitos fundamentais sobre a liberdade de conformação do legislador, a atuação desses direitos na condição de balizas para o comportamento do legislador constituído.

1.3.3 A liberdade de conformação do legislador

A expressão “liberdade de conformação do legislador” se consagrou no direito alemão (*Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*) e, com algumas expressões sinônimas, como discricionariedade do legislador⁵⁶, alude a algo como um “espaço” dentro do qual é lícito ao legislativo escolher o conteúdo das decisões a tomar, em um espectro de decisões viáveis do ponto de vista constitucional⁵⁷, bem como o momento de fazê-lo, se for fazê-lo, em algum momento. Essa liberdade significa que é conferido poder ao legislador para realizar um ato jurídico, mas esse ato poderá contar com alguns conteúdos possíveis, dentre os quais um será escolhido. A liberdade citada implica (e baliza) a atribuição ao legislador de competência para realizar um planejamento estratégico do desenvolvimento legislativo da constituição, a qual, por sua incompletude⁵⁸, tem de reservar uma quantidade razoavelmente

⁵⁶ José Júlio Fernández Rodríguez critica a utilização do termo “discricionariedade” para fazer referência à liberdade do legislador, uma vez que o termo é geralmente lançado em relação ao administrador público, que mantém com a lei uma relação diferenciada, em termos de vinculação, da mantida pelo legislador com a Constituição (cf. *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*. Madrid: Civitas, 1998. p. 79). Em sentido semelhante, Jorge Pereira da Silva afirma que “só metaforicamente se pode falar de discricionariedade legislativa, porque, mesmo na presença de um dever de concretização de normas constitucionais, (...) [o legislador] nunca atua desprovido de sua liberdade de conformação ao ponto de a sua função perder a marca da decisão política e de se transformar numa função secundária ou meramente executiva” (cf. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 29-30). Canotilho traça uma distinção entre as duas noções, com amplas referências (cf. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra. 1982. p. 219 ss.). Essa crítica parece não ter grande força aqui, pois a referência é sempre à liberdade do legislador, sem maior caso sobre o grau de vinculação deste em relação à constituição. Assim, as duas expressões serão utilizadas indistintamente.

⁵⁷ Ao fazer referência ao ponto de vista constitucional, quer-se delimitar o conjunto de normas com força constitucional. Faz-se esta ressalva, pois há normas sem a força constitucional com o condão de regular o comportamento do legislador. Um bom exemplo é o da lei complementar nº 95/98, de que podem ser extraídas normas reguladoras da elaboração, redação, alteração e consolidação das leis e de diversos outros atos normativos do direito brasileiro.

⁵⁸ Sobre o caráter fragmentário das constituições, João Barbalho asseverou: “(...) não seria ella constituição, mas tomaria o character e as largas proporções de um código, si em seu contexto particularisasse a organização completa das instituições e serviços necessários ao regimen que

grande de matérias para o trato normativo infraconstitucional. Em matéria jusfundamental, esse poder é de grande importância, pois é comum a constituição limitar-se a fazer uma consagração de um direito, sem haver maiores considerações, pelo constituinte, sobre ele, deixando-se a tarefa quase toda a cargo do legislador constituído.

As opções de escolha do legislador se cingem, via de regra, ao momento do exercício da competência a si atribuída, bem como à matéria acerca da qual se tratará com o ato. Desta forma, há opções de escolha sobre o se, quando e o quê da atividade legislativa. O procedimento pelo qual a sua competência deve ser exercida (competência procedimental) não é, ordinariamente, deixado a seu arbítrio⁵⁹. As constituições modernas costumam apresentar um procedimento padrão para a produção dos atos legislativos com valor de lei, além de um procedimento mais agravado (em relação ao das leis) para a modificação do texto constitucional – fator ligado à superioridade desse diploma e à maior força de suas normas⁶⁰. Desse modo, no âmbito da sua liberdade, o legislador poderá levar a cabo certos juízos sobre a conveniência de legislar (ou não) em alguma matéria; ao resolver legislar, terá meios para dispor do momento exato em que isso será feito, bem como sobre os termos exatos das suas disposições. A abertura desses “espaços” à apreciação do legislador sobre a conveniência do desenvolvimento legislativo do ordenamento jurídico – sem a presença, portanto, de um dever jurídico sobreposto à sua competência, – somente existe à medida que, seja pela sua omissão, seja pela sua comissão, todas as normas constitucionais venham a ser observadas, ou, o que será dizer o mesmo, todos os seus princípios sejam satisfeitos (e outros sacrificados) de maneira proporcional, de modo que não haja qualquer tipo de inconstitucionalidade

estabeleceu” (*Constituição federal brasileira*. Rio de Janeiro: Companhia Lytho-Tipographia, 1902. p. 138 (Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002)).

⁵⁹ Para evitar problemas desnecessários nesse passo, desconsiderar-se-á qualquer possibilidade de discricionariedade sobre a competência procedimental. Contudo, não se ignora a existência, por exemplo, de setores da doutrina que admitem a possibilidade de o legislador se utilizar de lei complementar (art. 59, inc. II, da Constituição federal), mesmo quando a Constituição não a demanda para alguma matéria, seja implícita, seja explicitamente. De outro modo, há quem admita a regulamentação de direitos fundamentais por emenda à constituição, mesmo quando esta se refere a “lei”, o que configuraria uma liberdade do legislador para escolher o procedimento pelo qual deve cometer um ato de execução constitucional.

⁶⁰ A força normativa é um atributo operativo de uma norma, indicador do potencial jurídico-normativo, quando em relação de tensão com outra. Tal força guarda, via de regra, uma relação de direta proporcionalidade com o reforço do procedimento atravessado por um ato ao longo de sua produção. Sobre a força normativa, especialmente sobre a força de lei, cf. MORAES, Carlos Blanco de. *As leis reforçadas: as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 145 ss.

resultante de seu comportamento. Marcelo Guerra sugestivamente intitula esse espectro de situações jurídicas constitucionalmente toleráveis de “casos de empate”⁶¹.

A nota de que a liberdade de conformação se dá na “zona do empate” para não ser olvidada. Alguns acontecimentos mais ou menos recentes na história do constitucionalismo promoveram uma baixa significativa na amplitude dessa zona. As constituições ganharam, paulatinamente, uma densidade normativa que não tinham; as declarações de direitos de fins do século XVIII e início do século XIX passaram de um mero testemunho das aspirações de uma época, para um conjunto de verdadeiras normas jurídicas, muitas delas reconhecidamente constitutivas de posições jurídicas passíveis de proteção jurisdicional. Mais: as próprias constituições passaram a contar com cláusulas que determinaram a aplicação imediata dos direitos fundamentais⁶², razão por que as posições jurídicas dos detentores desses

⁶¹ Marcelo Guerra lança essa expressão ao se referir à “possibilidade de ser epistemicamente impossível determinar qual princípio deve preponderar sobre outro, num caso concreto, o que assegura uma delimitação de competências entre judiciário e legislativo” (cf. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 31, n. 65, jan./jun., 2007. p. 36). Na mesma página, ele leva o raciocínio adiante nos seguintes termos: “Aliás, é possível ir mais longe: a possibilidade de “empate” como resultado do sopesamento é o que assegura todas as outras modalidades de competência normativa, diversas daquela exercida pelo Constituinte originário, nomeadamente a discricionariedade (administrativa e legislativa) e a autonomia privada. Ambos os fenômenos, na perspectiva da teoria das normas jurídicas, não passam de modalidades do gênero competência normativa, do qual aquela do legislador e a do judiciário também seriam apenas outras espécies.” Em sentido semelhante, Virgílio Afonso da Silva fala em zona de paridade, no interior da qual todas as respostas que envolvam a colisão entre direitos fundamentais devem ser consideradas ótimas (cf. Teoría de los principios, competencia para la ponderación y separación de poderes. Tradução de Virgílio Afonso da Silva e Pablo Gasparini. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 250).

⁶² No caso brasileiro, está para isso o § 1º, do art. 5º, da Constituição federal. Não vale a pena entrar na discussão interminável sobre a interpretação que se deve dar a tal cláusula. Dois são os pontos merecedores de destaque. Em primeiro lugar, como observou apropriadamente Ingo Sarlet, a Constituição brasileira conta, em seu bojo, com uma quantidade inédita de normas que, “em virtude de sua natureza (forma de positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas” (cf. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008. p. 283). Esta constatação parece tornar adequada também para o direito brasileiro a ideia de Fausto de Quadros, segundo a qual a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais se apresenta como uma *vocação*, incapaz, sozinha, de assegurar sempre o exercício desses direitos (cf. Omissões legislativas sobre direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.) *Nos dez anos da Constituição*. Lousã: Casa da Moeda/Imprensa Nacional, 1987. p. 58-59). Em segundo lugar, não há dúvida de que a norma extraída do preceito constitucional citado vincula também o legislador, embora não o diga expressamente. Daí a judiciosa anotação de Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis, para quem o legislador não pode “restringir um direito fundamental de forma não permitida pela própria Constituição, sob o pretexto que (*sic*) detém a competência e a legitimação democrática de criar normas gerais e geralmente vinculantes.” (cf. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90).

direitos devem ser reconhecidas como existentes e exigíveis judicialmente, sem que isso dependa de qualquer mediação legislativa – tanto quanto possível, – pelo menos em um grau mínimo para garantir a satisfação desses direitos.

Para o tema da pesquisa, essa crescente força angariada pelas normas de direitos fundamentais, aliada à sua também crescente positivação nos diplomas constitucionais, impactou de maneira grave a liberdade de conformação do legislador, ao fazer com que a “zona de empate” se tornasse cada vez menor, o que aumentou a preocupação com o comportamento do legislador. Certas atitudes legislativas, outrora admitidas sem maior objeção, por não infringir qualquer norma constitucional (e permanecerem na “zona de empate”), passaram a desrespeitar novos preceitos consagradores de direitos fundamentais, agregados às constituições e densificados normativamente. Dessa forma, o legislador passou a ter uma discricionariedade sensivelmente menor no desenvolvimento normativo demandado pela constituição, fenômeno em grande medida devido a essa nova abordagem dos direitos fundamentais. Entretanto, deve ser salientado que essas restrições ficaram, em um primeiro momento, limitadas ao controle de suas ações comissivas, na forma de uma reação aos atos que desbordassem da competência acometida constitucionalmente. O controle de constitucionalidade dos atos legislativos, surgido nesses moldes, representou uma quebra importantíssima em relação ao chamado estado liberal, para o qual, pelo menos em seus primórdios, a onipotência do legislador era fundamental na conformação estatal⁶³, pois representava a garantia de que os representantes do povo fariam valer a vontade de seus representados, sem que houvesse a ingerência do judiciário e do executivo, poderes cujos quadros não eram recrutados em eleições periódicas e representavam as forças políticas, outrora privilegiadas pela legislação, contra as quais se combatia, na formação das normas gerais⁶⁴.

Em outra frente, a evolução no trato dos direitos fundamentais fez com que as competências do legislador sofressem outro tipo de revés, que não se refere mais a limitações impostas aos seus atos comissivos, mas se dirige em sentido

⁶³ A onipotência do legislador conduzia ao reconhecimento da onipotência da lei dentre as fontes do direito (cf. Díez-Picazo, Luis María. *Concepto de ley y tipos de leyes: ¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?* *Revista española de derecho constitucional*, n. 24, set./dez., 1988. p. 48-49).

⁶⁴ O controle jurisdicional de constitucionalidade continua, ainda hoje, alvo de graves críticas. Para um apanhado do tema, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. 3. reimp. Madrid: Civitas, 1994. p. 157 ss.

contrário ao de suas omissões. A efetivação de uma ampla gama de direitos fundamentais depende, em graus diversos, de acordo com o direito de que se trata, de prestações normativas, cuja competência é deixada ao legislador. Nesse sentido, a importância dos direitos fundamentais na realização do plano traçado pela constituição, representante de altíssimas aspirações de uma comunidade, pode justificar a imposição de um dever de exercício de certas competências, pois a inação do agente leva à frustração de pontos cardeais da constituição. O desenvolvimento desses pontos, sob as quais se observa o impacto dos direitos fundamentais na liberdade de conformação do legislador, é o assunto do próximo número.

1.3.4 A relação entre os direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador

A compreensão de muitos direitos fundamentais como princípios maximiza os efeitos jurídicos da consagração desses direitos, uma vez que são interpretados como mandamentos de otimização, limitados apenas pelas circunstâncias fáticas e jurídicas contrárias dos casos nos quais estejam envolvidos⁶⁵. Esta realidade tem gravíssimos impactos em diversas frentes do ordenamento jurídico. A propósito da liberdade de conformação do legislador, a pressão da consagração dos direitos fundamentais tem um efeito previsível, pelo exposto até agora: a redução da zona de empate ou de paridade. A imposição dos deveres de realização dos direitos fundamentais leva, inevitavelmente, a uma redução dos comportamentos admissíveis por parte do legislador. Em outras palavras, o espectro de situações jurídicas resultantes das ações ou omissões legislativas aceitáveis, do ponto de vista constitucional, reduzem-se, resultado do tolhimento da liberdade da atuação legislativa.

⁶⁵ Como afirma Marcelo Guerra, há fortes argumentos para considerar os direitos constitucionais como consagrados por princípios, não por regras – e esta é uma questão de argumentação, não de mero conhecimento de alguma propriedade das normas; a classificação de uma norma como regra ou princípio deve ser (bem) justificada. A consideração como regras levaria a grandes arbitrariedades e a um empobrecimento do sistema jurídico, uma vez que haveria a necessidade de eliminação de normas jusfundamentais a cada (inevitável) conflito entre esses direitos, o que é afastado, nos termos já expostos, no caso dos princípios, cujas colisões são resolvidas na dimensão do peso (cf. *Derivative norms, principles and optimization: some remarks on Alexy's theory of constitutional rights*. In: _____. *A teoria das normas jusfundamentais: a contribuição de Robert Alexy*. Manuscrito, 2007. p. 134 ss).

1.3.4.1 As vinculações negativa e positiva do legislador aos direitos fundamentais

Feitas tais considerações, é de tocar um ponto crucial: as formas de vinculação do legislador aos direitos fundamentais, com a conseqüente limitação de sua liberdade de conformação. Em primeiro plano, geralmente considerados em sua vertente subjetiva, os direitos fundamentais, por vincularem efetivamente os poderes públicos, promovem uma limitação de suas competências, uma vez que excluem do seu raio de ação as matérias consagradas em seu âmbito normativo. Explica Konrad Hesse:

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como determinações de competências negativas para os poderes estatais. Sem dúvida, é sua função proteger os direitos fundamentais, podem eles ser obrigados a concretizar direitos fundamentais, e podem eles ser autorizados a limitar direitos fundamentais; mas o status individual da liberdade e igualdade garantido com essa medida pelos direitos fundamentais está subtraído à sua competência e ele é protegido por essa subtração contra os poderes estatais.⁶⁶

Esta é uma dimensão – vinculação negativa do legislador⁶⁷ – bem menos problemática, pois sua aceitação no âmbito da doutrina e da jurisprudência constitucionais é reconhecida há mais tempo, embora haja exemplos nos quais ela não tenha sido adequadamente observada, inclusive em julgado do Supremo Tribunal Federal⁶⁸. Contudo, uma vez reconhecido que muitos direitos fundamentais

⁶⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 239. No mesmo sentido, Ignacio Villaverde: “Los derechos fundamentales regulan el uso del poder público para prohibirlo en ciertos sectores de la vida social y, no obstante, habilitar a ciertos órganos del Estado para intervenir en ese sector de la vida con el propósito, o bien de limitar el derecho fundamental privando de su protección a una porción de ese sector de la vida social, o bien delimitando el propio derecho fundamental y definiendo, en consecuencia, precisamente el sector de vida social sobre el que actúa su exclusión de poder público, o bien para regular el ejercicio del derecho fundamental en el sector de la vida social que constituye su objeto, o bien, finalmente, de crear instrumentos de garantía para su pleno disfrute en él” (La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales: forma de estado y derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007. p. 345).

⁶⁷ No geral, cf. GUERREIRO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislativo a los derechos fundamentales*. Madrid: Mcgraw-Hill, 1996.

⁶⁸ Refira-se o julgamento da chamada Lei de Imprensa (nº 5250/67), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, julgada em 2009. Neste feito, a lei citada foi declarada totalmente inconstitucional, por decisão majoritária. No ato legislativo declarado inconstitucional, estavam presentes as normas que regulamentavam o direito de resposta (art. 5º, inc. V, da Constituição federal), mas o tribunal não fez a tomada em apartado dessas normas e decidiu fulminar todo o ato. Mesmo “diretamente aplicável”, o exercício do direito de resposta envolve a intervenção em outros direitos e a sua regulação é de fundamental importância para evitar dilações indevidas na sua satisfação. Infelizmente, é bastante propagada a opinião de que só há a necessidade de regulação

demandam uma prestação normativa do legislador, ainda que se aceite a doutrina da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, os direitos fundamentais devem gerar outra pressão sobre a liberdade de conformação. Com efeito, estes outros direitos não se realizam apenas com o controle dos atos comissivos do legislador que desbordem da competência conferida a ele. Neste passo, será decisiva uma forma de evitar que as omissões legislativas não possam se estender de modo a gerar efeitos contrários à própria constituição (ou seja: situações jurídicas inconstitucionais); a carência de efetividade das normas constitucionais, especialmente quando envolvem direitos fundamentais, é uma das mais graves violações a um ordenamento jurídico⁶⁹. É para o combate a esse tipo de situação que setores da doutrina desenvolveram uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, acerca da qual se lecionou:

En sentido objetivo, los derechos fundamentales en vigencia bajo las condiciones del Estado de prestaciones sociales cristalizan como *directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa*, de las cuales se desprende la obligación —no accionable, pero sí jurídicamente vinculante— de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal.⁷⁰

Embora Schneider reconheça que a existência de direitos fundamentais possa conformar a atuação legislativa – vinculação positiva⁷¹, – não admite a

para os direitos em que a ausência de regulação impeça completamente seu gozo. A vinculação negativa aos direitos fundamentais pode levar à proteção contra a destruição de posições jurídicas de direitos fundamentais pelo legislador. Seja como for, o legislador parece esforçar-se na aprovação do um novo regulamento para o direito de resposta (cf. Projeto de Lei do Senado nº 141 de 2011).

⁶⁹ Não é raro encontrar-se manifestação doutrinária que parece olvidar, propositalmente, esta dimensão da questão. Veja-se a seguinte manifestação de Ana Maria Lopes: “A obrigação de respeitar os direitos fundamentais significa a proibição de violar os interesses dos particulares. Esta obrigação de garantir os direitos fundamentais consiste no dever dos órgãos estatais de eliminar todo perigo e de destruir qualquer obstáculo que possa ameaçar a realização dos interesses protegidos por esses direitos.” (*Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001 p. 107).

⁷⁰ SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. Tradução de Joaquín Abellán. *Revista de estudios políticos*. n. 7, jan./fev., 1979. p. 32. Sobre a dimensão objetiva, José Carlos Vieira de Andrade justifica a sua admissão, a fim de explicar alguns efeitos jurídicos resultantes da consagração de direitos fundamentais que não são abarcados pela noção de direito subjetivo. Estoutros efeitos configurariam uma “mais-valia” jurídica dos preceitos constitucionais atinentes à matéria (cf. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2007. p. 142). Na literatura brasileira, faz um interessante repasse da matéria SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

⁷¹ Sobre a vinculação positiva, escreveu Juan Carlos Gavara de Cara: “La vinculación en el fondo implica un planteamiento de ejercicio de los derechos fundamentales a través de los poderes públicos, superando el planteamiento clásico y tradicional de que los derechos se tenían frente al Estado para protegerse de la actuación de los poderes públicos. En este sentido, la vinculación positiva cumple la función de describir y es el instrumento para articular la relevancia que han adquirido las regulaciones procesales y materiales de carácter organizativo para la defensa de los

justiciabilidade dos deveres de proteção dirigidos ao legislador. Contudo, a lição colacionada só deve ser trazida para a realidade brasileira no que diz com a regulação imposta ao legislador, pois a Constituição brasileira de 1988 instituiu um sistema de controle das omissões legislativas que torna inválida, para o direito nacional, a impossibilidade de controle jurisdicional dessas omissões como Schneider defendeu, seguramente com base nos seus estudos sobre o direito alemão. Um exemplo pode ajudar a lançar luzes nos temas trazidos neste número.

Caso dos mais ilustrativos da discricionariedade do legislador no direito brasileiro, que envolveu o controle das omissões legislativas sobre direitos fundamentais, foi o do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, inc. XXI, da Constituição federal). Durante mais de duas décadas, não houve qualquer previsão legislativa (especificamente uma lei) estipuladora dos termos nos quais o aviso prévio seria proporcional ao tempo de serviço, a partir do mínimo de trinta dias, trazido pela própria Constituição. O Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado sobre a matéria, inicialmente, no sentido de apenas declarar a mora do legislador para, com uma espécie de apelo, rogar-lhe a promulgação da lei faltosa⁷². Mas o que se pretende aqui não é analisar a sorte do mandado de injunção; antes, aproveitar o caso para ilustrar como a discricionariedade do legislador não deixa de existir, caso se considerem os direitos fundamentais como princípios⁷³, e para fazer uma demonstração de como estes mesmos direitos, quando insatisfeitos por conta da omissão legislativa, podem justificar medidas que, à primeira vista, aparentam um ataque à liberdade de conformação do legislador, mas que, se interpretadas adequadamente, apenas afirmam a supremacia das normas constitucionais.

Em primeiro lugar, no exemplo do aviso prévio, a Constituição estabeleceu o patamar mínimo a ser obedecido, o que, indiscutivelmente, vinculou a todos (os poderes públicos, pois o legislador não pode diminuir esse patamar, nem pode o judiciário recusar a aplicação desse mínimo). Grande questão pairou sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para, à falta da lei à qual a Constituição

derechos, al articular las acciones positivas que deben emprender los poderes públicos con la finalidad de desarrollar dicha protección.” (La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007. p. 319).

⁷² Vale conferir o Mandado de Injunção nº 369 DF, julgado em 1992, em que, por maioria, foi vitorioso o voto do Min. Relator Francisco Resek, no sentido do texto, vencidos os Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso.

⁷³ Uma das críticas mais frequentes à concepção dos princípios é a de que tornaria o legislador mero executor das normas constitucionais, sem sobrar qualquer margem de conformação.

teria reservado a instituição da relação de proporcionalidade entre o tempo de serviço e o aviso prévio, resolver os casos com a estipulação direta de um período. É interessante notar que não houve qualquer tipo de “teto” para tal direito; isso é curioso, pois se o aviso de trinta dias é garantido para quem tenha, por exemplo, um ano em dado emprego, que tempo de aviso se poderia garantir a quem tenha trinta e cinco anos no mesmo posto de trabalho? O fato é que, se a norma de direito fundamental que consagrou o aviso prévio proporcional é um princípio (ou, pelo menos, se visa, juntamente a outras, à realização do valor constitucional da melhoria das condições sociais dos trabalhadores (art. 7º, *caput*)), ela imporá uma realização extremada, com a consagração de períodos tão largos quanto possíveis, fática e juridicamente. Entretanto, é relegado à lei o estabelecimento da relação de proporcionalidade, o que deixa em aberto, pelo menos em medida considerável, um espectro de possíveis realizações desse direito – os quais vão desde uma realização minimamente satisfatória, que não venha a praticamente anular tal direito (o que se daria com um teto muito pouco maior que trinta dias), até a uma realização mais ampla, que não promovesse intervenções desproporcionais em outros princípios que gozem da mesma dignidade constitucional, como a liberdade de iniciativa⁷⁴. Que a opção legislativa possa ter essas variantes é sinal de que a existência de princípios constitucionais não elimina, pelo menos não necessariamente, os espaços para a discricionariedade do legislador; ainda resta uma “zone de empate” ao longo da qual a escolha específica por uma das opções possíveis não apenas não será vedada ao legislador, como dela dependerá a solução definitiva nos quadrantes traçados pela Constituição. Portanto, que o “empate” se dê em um conjunto de situações menor com a positivação de vários direitos fundamentais, todos positivados por meio de normas-princípio, não implica a supressão da liberdade de conformação do legislador, sem ficar adstrito à escolha de uma (e somente uma) solução ótima, pois duas ou mais respostas para cada problema jusfundamental podem ser

⁷⁴ É discutível a opção do legislador, com a edição da Lei nº 12506/11, pelo limite máximo de noventa dias de aviso prévio, considerando-se que mínimo de trinta dias é garantido a empregados contratados há pouquíssimo tempo. Seguramente, o aceno do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção nº 943, 1010, 1074 e 1090, os quais já contavam com o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, pelo acolhimento da pretensão deduzida, com a solução normativa para os casos concretos, fez com que o Congresso Nacional buscasse, a toque de caixa, uma solução conciliatória que evitasse uma enxurrada de ações semelhantes, principalmente pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal parecia disposto a regular os casos com um limite máximo significativamente superior ao que a Lei referida consagrou. Isto gerou uma mobilização ímpar dos grupos de pressão, no sentido de que o Congresso finalmente deliberasse sobre a matéria, *que contava com diversos projetos de lei em trâmite, há décadas*.

constitucionalmente viáveis, na maioria dos casos⁷⁵.

Por outro lado, a omissão do legislador deixa em aberto a conformação exata do direito ao aviso prévio. Sabe-se apenas que ele será proporcional ao tempo de serviço; nada além. Ainda que se admita a aplicabilidade imediata dessa norma, é imprescindível um acertamento dessa relação de proporção. Aliás, é mesmo temerário que se admita a aplicabilidade imediata com relação ao aviso prévio proporcional, pois, sem a edição da lei, o empregador não tem condições de saber o custo de uma demissão, o que é um absurdo, do ponto de vista de quem tem-de planejar uma atividade econômica, mas essa é uma complicação que pode ser deixada de lado neste passo. O fato é que, reconhecido o direito fundamental ao aviso prévio proporcional, qualquer omissão que venha a negá-lo, restringi-lo, ou mesmo a complicar a sua realização nas relações de trabalho, demanda uma justificativa, pois os direitos fundamentais representam proteções contra a sua própria restrição, uma vez admitida a natureza de princípio destas normas⁷⁶. Neste caso específico, a desregulamentação do aviso prévio proporcional também restringe posições jurídicas dos empregadores, uma vez que instauram uma grave incerteza sobre as quantias que podem ter-de desembolsar, caso queiram demitir um empregado; esta dimensão do problema não costuma ser enfrentada nas análises da questão. Fica claro que a omissão legislativa nesse tipo de caso fere a

⁷⁵ No exemplo trazido, fica difícil se contestar a existência de uma margem de manobra para o legislador. Com efeito, que prazo deveria ser concedido, no máximo? Noventa dias, como a solução legal (cf. nota anterior)? Cento e vinte? Duzentos dez? Trezentos e sessenta? Seguramente, do ponto de vista da realização do valor que representa a melhoria das condições sociais do trabalhador, esse prazo tenderia ao infinito. Contudo, a consideração de outros pontos de vista relevantes força a redução do que pode ser concedido ao trabalhador, mas é praticamente impossível apontar para *uma, e somente uma*, resposta correta, por mais que se recorra à finalidade do instituto, às soluções do direito comparado etc. É exatamente nesse espaço que se pode apontar para uma discricionariedade do legislador. Em sentido semelhante, Virgílio da Silva assevera: "(...) *la simple existencia de un amplio catálogo de derechos fundamentales a ser optimizados impide ya una única respuesta para las colisiones entre estos derechos. En razón de la diversidad de las variables y del grado de incertidumbre de muchas de las premisas empíricas y normativas presentes, no es tan sólo posible, sino también probable, que, para un mismo problema, existan diversas soluciones que satisfagan el criterio de la optimización.*" (Teoría de los principios, competencia para la ponderación y separación de poderes. Tradução de Virgílio Afonso da Silva e Pablo Gasparini. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 250).

⁷⁶ "Da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face de princípios colidentes, mas também que sua restrição e sua restringibilidade têm limites. Uma restrição a direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restringibilidade." (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 295-296).

Constituição e demanda o desenvolvimento legislativo por parte do legislador. Se se tomar em consideração (1) a supremacia da Constituição, enquanto norma que regula o comportamento de todos os órgãos constituídos e (2) que o poder legislativo é um poder constituído, conclui-se que mesmo as condutas que representam as condições para os efeitos condicionados nas competências atribuídas ao legislador podem ser também objeto de um dever jurídico. Deste modo, certas omissões legislativas põem em risco a supremacia constitucional, e quando tais omissões envolvem direitos fundamentais, o seu debelamento se torna uma questão crucial para a manutenção do conjunto normativo instituído pela própria Constituição.

Reconhecido o fato de que a supremacia constitucional é posta em risco com certas omissões do legislador, põe-se o problema de saber se o controle dessas omissões, caso venha a satisfazer (ainda que de maneira temerária) a demanda pela prestação normativa reservada constitucionalmente ao legislador, fere a liberdade de conformação deste. A solução deste problema envolve uma compreensão mais profunda da situação. Em primeiro lugar, a Constituição deixa a matéria no âmbito da reserva de lei, o que, *prima facie*, livra a matéria de qualquer regulamentação que não se dê por um ato que revista a qualificação de lei (art. 59, inc. III, da Constituição federal). Foi dito, de caso pensado, que se tratava de uma atribuição de competência exclusiva apenas *prima facie*, pois não é o fato de se conceder uma competência para tratar de determinada matéria que torna o seu trato vedado a qualquer outro agente, por qualquer outro ato jurídico, embora isso ocorra de maneira generalizada como resultado de uma interpretação que leva à exclusão da competência de outros entes. No caso, também a imposição de um dever jurídico, cujo conteúdo é exatamente o cometimento desse ato legislativo. Se se reconhece que o descumprimento de tal dever não se ajusta à supremacia da Constituição, já que a omissão de um órgão constituído mantém uma situação jurídica contrária a uma norma constitucional, abre-se uma via para a admissão de uma solução para a prestação normativa negada pelo legislador, sob pena de a Constituição permanecer descumprida por tempo indeterminado, em matéria tão relevante como os direitos fundamentais. Alguma forma de controle dessas omissões deve existir, principalmente quando o legislador não é proficiente na realização dos direitos fundamentais dependentes da execução legislativa da Constituição. Repita-se: o que está em jogo não é apenas a liberdade de

conformação do legislador, mas a própria supremacia constitucional, na matéria (direitos fundamentais) que, possivelmente, mais justifique sua razão de ser.

À vista do que se acaba de dizer, a vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais encontra justificação na necessidade permanente de se defender e realizar a constituição, de modo que a discricionariedade do legislador não deve sempre abranger o momento em que se fará a regulação nesse âmbito, embora seja sempre possível certa margem de manobra no âmbito da competência material. Isso já traz consigo o interesse na análise de como os direitos fundamentais podem ser restringidos. Mas, antes de isso acontecer, será importante promover uma tentativa de elencar os deveres de legislar, a fim de propiciar uma melhor análise do grau de realização das tarefas constitucionalmente deixadas para o legislador em termos de direito à herança.

1.3.4.2 Os deveres de proteção do legislador em matéria jusfundamental

Qualquer rol de deveres surgidos para o legislador em virtude da consagração de direitos fundamentais quase inevitavelmente restará incompleto, por vários motivos. Dentre estes, a constante indeterminação dos direitos fundamentais – pela possibilidade de surgimento de novos direitos, assim como pela indeterminação do conteúdo dos já consagrados – pode trazer variações nos deveres pendentes sobre o legislador. Além disso, essas relações de deveres são, mais das vezes, como não poderiam deixar de ser, efetuadas com base nas experiências do exercício ou da luta pela efetivação de direitos fundamentais pretéritas, de modo que se torna impossível afirmar categoricamente a impossibilidade de outros deveres já em voga, mas ainda não explorados. Todo o modo, os esforços tendentes a fazer um inventário são importantes no auxílio à melhor compreensão das consequências dos direitos fundamentais. Antes de entrar no tema de vez, uma observação deve ser feita, relacionada aos limites da pesquisa. É comum observar a divisão dos direitos fundamentais entre direitos de defesa e direitos de prestação, com algumas variações terminológicas, para fazer referência, respectivamente, a direitos cuja efetividade demanda apenas abstenções e direitos que também impõem certas prestações normativas e materiais para plena realização. Como o âmbito deste trabalho se limita ao direito à herança, talvez se possa imaginar que os chamados direitos de prestação estejam fora do estudo.

Entretanto, como nota Marcos Gómez Puente, essa distinção, por ser sumamente descritiva da evolução histórica da concepção de direitos fundamentais e da relação estado-sociedade-indivíduo do estado liberal ao estado social, carece, na atualidade, de rigor jurídico, pois a grandeza da complexidade técnico-jurídica de cada direito torna a distinção útil apenas para assinalar uma tendência dos direitos de serem predominantemente de liberdade ou de prestações, com grandes variações intermediárias entre uns e outros, à medida que exijam maior ou menor atuação positiva⁷⁷. Além do mais, já se disse, em termos de prestações normativas, é claro que o direito à herança pode justificar certas pretensões.

O legislador fica de logo obrigado pelos direitos fundamentais, com fundamento na cláusula de aplicabilidade imediata desses direitos. O recorte da matéria imposto pelo tema limita as observações realizadas na sequência aos deveres dirigidos ao legislador e, por conseguinte, aos deveres de legislação. Não se ignora o fato de os deveres de proteção decorrentes da consagração de direitos fundamentais recaírem sobre todos os poderes constituídos; além disso, os deveres de legislação representam apenas uma das dimensões dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, mas somente aos primeiros será dedicada maior atenção⁷⁸. Como exposto no número anterior, vinculação aos direitos fundamentais tem as suas vertentes negativa e positiva. Na primeira, como direitos a ações negativas ou direitos de defesa, o vínculo se faz notar, como propôs Robert Alexy, pelos direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não-eliminação de situações jurídicas⁷⁹. Na vinculação positiva, fica claro o papel do legislador como um verdadeiro promotor dos direitos fundamentais, ao assumir um papel ativo indispensável para assegurar o conteúdo e o gozo de tais direitos; o legislativo é incumbido, destarte, da função de tornar realidade todo o plexo de situações jurídicas compostas pelos direitos fundamentais⁸⁰. A vinculação positiva estabelece deveres exatamente contrários aos da vinculação negativa; o

⁷⁷ Cf. PUENTE, Marcos Gómez. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 44.

⁷⁸ Três dimensões dos deveres são, ordinariamente, manejadas pela doutrina: (1) dever de proteção como tarefa de proteção a cargo do estado; (2) dever de proteção como dever de atuação; (3) dever de proteção como dever de legislação (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de protecção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et al.* (org.) *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 113).

⁷⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196 ss. O tema será detidamente considerado no próximo capítulo.

⁸⁰ . Cf. PUENTE, Marcos Gómez. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 48.

legislador passa a ser o responsável pela facilitação de certas ações dos outros sujeitos de direito, assim como terá de constituir diversas posições jurídicas para maximizar a realização de direitos fundamentais cuja normatividade não esteja satisfatoriamente desenvolvida no ordenamento jurídico.

Dentre esses deveres, há aquele de proteger os direitos fundamentais nas relações entre particulares. O reconhecimento dos chamados efeitos horizontais desses direitos impõe uma obrigação de proteção cujo cumprimento pode requerer uma prestação normativa do legislador. Como observa Didier Ribes, isso resulta de uma mudança na percepção do homem pelas constituições modernas. Não se trata mais de considerar os indivíduos como seres isolados e solitários, os quais decidem soberanamente sobre os seus destinos, capazes de usufruir plenamente de seus direitos na ausência de intromissão estatal; atualmente, as pessoas se encontram completamente ligadas à comunidade em que vivem. Deste modo, passou-se a perceber, mais claramente, que os riscos de desrespeito aos direitos fundamentais não partem mais apenas dos poderes públicos; também os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, representam riscos ao conjunto dos direitos fundamentais de cada um⁸¹; por mais forte razão, estes cuidados devem ser observados quando é notável alguma desigualdade entre os particulares, pois, nestes casos, a isonomia atua em conjunto com os direitos fundamentais envolvidos na pressão pela atuação legislativa protetora dos direitos fundamentais. Nem sempre será fácil reconhecer a existência de um dever de proteção, por não ser algo simples determinar o(s) limite(s) do(s) direito(s) fundamental(is) a ele correspondente(s), além de outras variáveis que devem ser tomadas em linha de conta na tomada de decisão pelo legislador. Por vezes, a importância da proteção de um direito específico pode impor a necessidade de uma atividade normativa do legislador que vise à sua proteção, embora, em termos probabilísticos, os riscos de sua vulneração em certas relações sejam pequenos (por exemplo, imagine-se alguma atividade laboral na qual a vida possa, gravemente, ser posta em risco). Noutros casos, é a especial sujeição de alguns agentes a determinadas violações de seus direitos a justificativa para intervenções nos direitos colidentes; também a dificuldade de reverter ofensas a

⁸¹ Cf. RIBES, Didier. Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative. *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 3, 1999. p. 245-246.

algum bem jurídico pode fundamentar a proteção das relações em que ele se põe⁸².

No limite, os efeitos horizontais dos direitos fundamentais e os seus efeitos, por assim dizer, tradicionais podem levar ao dever de criminalização de certas condutas, extremamente lesivas. Isto leva à investigação sobre a existência de deveres de criminalização, deduzidos das normas constitucionais, deveres limitadores da liberdade de conformação do legislador em seus esforços para proteger direitos constitucionais. No caso brasileiro, nem se precisa de ir muito além nessa investigação, pois há mandados expressos de criminalização no bojo da Constituição, cujo incumprimento redundaria em situações jurídicas inconstitucionais⁸³. Maior controvérsia existe sobre a admissibilidade de mandados implícitos de criminalização, pois a admissão destes mandados implicaria uma grave redução da liberdade de conformação do legislador sem amparo literal. A reprodução da discussão travada na doutrina especializada tomaria proporções excessivamente largas neste trabalho e foge de seu objetivo, razão pela qual apenas se apontam alguns motivos a favor do reconhecimento de mandados implícitos de criminalização: (1) não é razoável limitá-los aos casos previstos pelo constituinte, até porque é impossível prever todas as hipóteses para as quais a tutela penal se mostrará proporcional no combate ao risco de lesões a direitos fundamentais, afinal, o constituinte, por mais autônomo e ilimitado que seja, não é onisciente, não domina todos os dados necessários para tomar uma decisão terminante sobre um tema dessa natureza, cujas consequências se podem fazer sentir de maneira tão profunda pelos cidadãos no futuro; (2) a já citada dificuldade no estabelecimento dos limites dos direitos fundamentais também depõe a favor dos mandados implícitos, pela dificuldade que o constituinte teria de fincar as limitações das proteções possíveis adequadas aos conteúdos de todos os direitos (sistemas, como o brasileiro, com cláusulas de abertura para direitos fundamentais não constantes do texto constitucional estão ainda mais sujeitos a esta dificuldade); (3) alterações fáticas supervenientes ao momento constituinte podem desafiar novas medidas de proteção

⁸² Cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 45-46.

⁸³ Cf., por exemplo, o inc. XLII, do art. 5º: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Para um rol desses mandados, cf. FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 81 ss.

a direitos fundamentais, ao tornar insuficientes as proteções não-criminais a determinadas posições jurídicas jusfundamentais, em virtude do crescimento das ameaças aos direitos.

Uma advertência deve ser realizada: o reconhecimento de mandados constitucionais de criminalização implícitos não pode ser desmedido; não se pretende a negação do direito criminal como *ultima ratio*. Contudo, é necessário reconhecer a razão dos setores doutrinários que têm chamado a atenção para as duas faces da proporcionalidade no controle das normas criminais: se a proporcionalidade deve atuar como proibição de excesso no estabelecimento de medidas criminais, também deve funcionar para evitar a proteção insuficiente de direitos, sob pena de se fazer pouco caso da vinculação positiva desses direitos. Como observou Lenio Streck:

Isto significa afirmar que o legislador ordinário não pode, ao seu bel prazer, optar por meios “alternativos” de punição de crimes ou até mesmo pelo “afrouxamento” da persecução criminal sem maiores explicações, ou seja, sem efetuar prognoses, isto é, a exigência de prognose significa que as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. Não há grau zero para o estabelecimento de criminalizações, descriminalizações, aumentos e atenuações de penas.⁸⁴

À vista do exposto, para arrematar a análise sucinta sobre os deveres de criminalização de condutas, parece bastante razoável a lição de Luciano Feldens, para quem a “regra geral” indica a ampla liberdade do legislador para “concretizar os termos da proteção normativo-penal”, sempre em consonância com os demais princípios fundadores do direito criminal. Todavia, os mandados constitucionais de criminalização promovem um evidente e grave estreitamento dessa liberdade de conformação, “precisamente no momento em que vedam ao legislador deixar a descoberto o bem jurídico cuja proteção penal é

⁸⁴ STRECK, Lenio Luis. O dever de proteção do estado (*Schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Vers%C3%A3o-final-da-Untermassverbot-08-07-art-33-1.pdf>. Acesso em 22/06/2014. p. 8. Ingo Sarlet afirma a necessidade de a proporcionalidade ser encarada em sua dupla dimensão, pois ambas “guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio”, e chega a atrelar parcialmente a sobrevivência do chamado garantismo ao adequado manejo da proporcionalidade (também) na seara criminal e na capacidade de dar respostas adequadas aos “avanços de um fundamentalismo penal desagregador” (cf. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 10, 2006. p. 354). Ainda sobre a proibição da proteção insuficiente, cf. o livro citado na nota anterior, às páginas 108 ss.

constitucionalmente requerida”⁸⁵⁻⁸⁶.

Em outra frente, a relação entre direitos fundamentais, organização, processo e procedimento tem sido alvo de inúmeras discussões, e muitos autores prestam extraordinário relevo à constituição de situações jurídicas relativas a processo e a procedimento como condição indeclinável para a realização de resultados conforme aos direitos fundamentais⁸⁷. Isto ressalta a existência de deveres legislativos de proteção a direitos fundamentais mediante normas de processo, procedimento e organização. Não se justifica, neste passo, uma abordagem vagarosa do tema. Será conveniente apenas destacar, com Gomes Canotilho, que o procedimento e/ou o processo postulam uma imbricação material com os direitos fundamentais, consoante às indicações dadas pelos impulsos teóricos desenvolvidos nas últimas décadas. Ele fala, ainda, em três perspectivas fundamentais pelas quais essa imbricação se pode captar: (1) processo/procedimento recondutíveis a instrumentos de proteção e realização de direitos fundamentais; (2) processo/procedimento como instrumentos justos e adequados para a limitação ou restrição dos direitos fundamentais; (3) processo/procedimento como “locais” ou “espaços” de exercício de direitos⁸⁸. Todas estas perspectivas, pela importância de que revestem na dinâmica da proteção e da realização dos direitos fundamentais, geram deveres de proteção impostos ao legislador, e é muito importante sublinhar o fato de que essas posições jurídicas ligadas a processo ou procedimento não devem ser interpretadas como apêndices dos direitos fundamentais; antes, elas devem ser reputadas elementos integrantes desses mesmos direitos. Desta forma, a sua proteção restará melhor privilegiada, pois fica nítido que a vulneração de deveres relativos a processos/procedimentos

⁸⁵ Cf. FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 80.

⁸⁶ Vale anotar que o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos a promover a tipificação da conduta de desaparecimento forçado de pessoas, no *Caso Gomes Lund e outros* (Guerrilha do Araguaia), julgado em setembro de 2010. No § 109 da decisão, foi determinada a regulamentação do desaparecimento forçado como delito autônomo, a fim de permitir a persecução criminal adequada desse crime, que se caracteriza por impedir o exercício dos recursos legais pelas vítimas e familiares, além de eliminar obstáculos jurídicos à responsabilização dos culpados. Sobre essa decisão, cf. JARDIM, Tarciso del Maso. *Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas*. p. 5 ss. Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD83-TarcisoDalMaso.pdf. Acesso em 19/01/2014.

⁸⁷ Sobre as origens essa discussão, com amplas referências, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 470 ss.

⁸⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição e défice procedimental*. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 72.

afeta os próprios direitos fundamentais e possibilitam, pois, o controle jurisdicional pelos meios disponíveis para o desrespeito aos direitos constitucionais.

Por fim, tem-se de falar no dever de correção das normas vigentes. O dever de correção das normas não se cinge, necessariamente, aos direitos fundamentais. Em outras matérias, pode-se mostrar imperiosa a atualização da legislação, a fim de não haver uma transição para a inconstitucionalidade, pelo câmbio de circunstâncias ulteriores à promulgação do ato normativo (as denominadas “inconstitucionalidades deslizantes”), ou pela descoberta de erros do legislador nas prognoses efetuadas quando da tomada da decisão de legislar. Estas hipóteses representam as duas situações básicas nas quais esse dever surge. Vale deixar consignado, de logo, que o trato autônomo dessa categoria de dever é justificado pela existência, ao contrário dos outros deveres, de um regime jurídico para os direitos fundamentais em jogo; entretanto, por razões diversas, as situações jurídicas postas não são constitucionalmente satisfatórias, de modo a caber ao legislador proceder à sua alteração para compatibilizá-las com a constituição. Não raro, a solução jurisdicional deverá promover uma complexa avaliação do caso, para evitar a destruição de posições jurídicas incompatíveis com a constituição, mas ainda assim melhores que o “vazio” jurídico eventualmente imposto pela anulação das normas inconstitucionais.

Para encerrar o número sobre os deveres de legislação, é relevante trazer à tona a discussão relacionada ao grau em que os deveres de legislação correspondem aos direitos fundamentais dos indivíduos. Há, basicamente, três posições a esse respeito: para a primeira, os direitos de proteção são sempre posições jurídico-objetivas, ancoradas em deveres objetivos de proteção; para a segunda, os direitos de proteção devem ser considerados, em princípio, posições jurídico-objetivas, e só em casos evidentes e concludentes, ser tomados em dimensão jurídico-subjetiva; para a terceira, os direitos de proteção podem e devem ser compreendidos como direitos subjetivos, sempre que eles transportem dimensões materiais indispensáveis à própria proteção dos bens garantidos pelos direitos fundamentais⁸⁹. A primeira posição, baseada em uma orientação objetiva do sistema jurídico, está sujeita a críticas de três ordens: substancial, funcional e

⁸⁹ As correntes doutrinárias são organizadas dessa forma por Canotilho (cf. Omissões normativas e deveres de protecção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et al.* (org.) *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 121).

metodológica. Substancialmente, o perigo é o excesso da dimensão objetiva dos direitos fundamentais diminuir os direitos individuais constitucionalmente consagrados em nome dos direitos de cunho institucional e democrático. Do ponto de vista funcional, o risco é representado pela extensão do conteúdo dos direitos fundamentais, a qual atrai um aumento dos deveres positivos acometidos ao legislador, com a conseqüente possibilidade de usurpação de competência dos outros órgãos. Já do ponto de vista metodológico, o recurso ao sistema de valores, subjacente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é questionado como fonte de decisões jurídicas⁹⁰. A segunda posição é problemática ao colocar em evidência a “conclusividade” como condição para a inclusão da posição jurídica na dimensão subjetiva. A terceira promove mais adequadamente a ideia segundo a qual o sentido fundamental dos direitos fundamentais é o de proteger os indivíduos e promove uma proteção mais forte a estes direitos, sendo a melhor das três abordagens – inclusive, mais adequada à noção de princípio jurídico como mandamento de otimização.

1.4 SÍNTESE CONCLUSIVA

O intuito deste capítulo era iniciar o estabelecimento de bases teóricas necessárias ao enfrentamento das questões centrais ao direito de herança, um direito fundamental. Como se viu, há uma necessidade de considerar o direito à herança como um princípio jurídico, na perspectiva alexyana, imposta pelo próprio modo de positivação dos direitos na Constituição brasileira de 1988, pela vagueza com a qual o constituinte consagra direitos. Em outra frente, a noção de liberdade de conformação do legislador é fundamental para a visualização do problema da conformidade do direito infraconstitucional à Constituição. A possibilidade de o legislador poder regular uma matéria de maneira diferente da utilizada na lei não significa, necessariamente, que a forma eleita seja incompatível com a Constituição. Isso é da natureza da possibilidade de uma liberdade de conformação: cada questão constitucional pode comportar duas, ou mais, respostas, igualmente compatíveis com as disposições constitucionais. Seja como for, se o legislador tomar uma decisão que se situe além da sua margem, a situação será inconstitucional e, pelo regime jusfundamental do direito à herança, impõe-se o debelamento dessa

⁹⁰ Cf. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 116.

inconstitucionalidade, através dos instrumentos disponibilizados pelo ordenamento (sobre esse regime, cf. nº 4.1).

Também é importante perceber como a consagração de direitos fundamentais pode impor certos deveres de proteção ao legislador. Ainda será visto, no capítulo quatro, como esses deveres foram cumpridos, em alguns casos, por atos legislativos. Por exemplo, a imposição da causa suspensiva do inc. I, do art. 1521, do Código Civil, impõe o regime da separação obrigatória de bens ao viúvo, que tiver filho do cônjuge falecido, e pretenda contrair novas núpcias, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros. Essa norma se justifica pela necessidade de proteção do direito à herança (dos filhos do falecido) e se volta contra terceiros. Outro exemplo interessante, já na esfera criminal, é a proteção dada aos herdeiros contra a apropriação indébita de bens pelo inventariante. Para o crime de apropriação indébita, previsto no art. 168, do Código Penal, aumenta-se a pena em um terço, dentre outras situações, quando o agente recebe a coisa na qualidade de inventariante⁹¹. Claro, não se ignora o fato de parte dessa legislação protetiva ter sido emanada antes da Constituição de 1988; seja como for, ela cumpre essa função e se reforça com a fundamentalidade do direito à herança. É a pura expressão da legislação destinada à proteção dos direitos fundamentais. Com isso, já se pode avançar para outros aspectos teóricos do direito à herança, notadamente o estudo do que é protegido por ele, bem como do que pode limitá-lo.

Acerca das teorias dos direitos fundamentais, é muito importante refletir sobre a fragilidade de alguns pontos propostos pelos adeptos de cada uma delas. Sobre o direito à herança, é possível perceber, e isso será explorado no capítulo quatro, que muito da sua regulamentação infraconstitucional é semelhante ao que já havia no direito brasileiro anterior – na verdade, é semelhante, nas suas estruturas fundamentais, a regulamentações seculares de vários ordenamentos da tradição latina. Isso pode induzir o intérprete a achar que assim deve (continuar a) ser, porque assim tem sido, séculos a fio, bem como a achar que o direito à herança, atualmente fundamental, deve ser interpretado à luz do disposto na legislação infraconstitucional, pois ele representaria uma liberdade conferida pelo legislador, à medida que é regulamentado – uma tendência que poderia ser atribuída a uma

⁹¹ “Apropriação indébita Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. **Aumento de pena** § 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: (...) II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário ou depositário judicial; (...)”

teoria institucional dos direitos fundamentais. O direito à herança sempre foi tratado na mais íntima relação com a propriedade e a família, por razões históricas várias, cuja crítica será realizada no capítulo três, tendo sua regulamentação normativa balizada pelas concepções prevalentes acerca desses dois outros institutos. Qualquer alteração neles poderá impor a necessidade de uma (re)acomodação normativa do direito à herança (aliás, o próprio direito sucessório, como se conhece hoje, só se tornou possível com a consagração da propriedade individual) – e isso também será explorado, detidamente, no último capítulo, com especial relevo às alterações mais recentes sobre a concepção de família.

2. TEORIA DAS RESTRIÇÕES, ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ESTRUTURA DO DIREITO À HERANÇA

Neste capítulo, serão abordados aspectos da teoria dos direitos fundamentais, já com o direcionamento à operatividade do direito à herança. Serão abordadas noções muito próximas entre si, as quais dependem umas das outras para sua melhor compreensão, sobretudo a noção de restrição a direitos fundamentais e de âmbito de proteção. Em certos momentos, já ao se falar em restrição, serão feitas menções ao âmbito de proteção, mas isso não impedirá a compreensão do assunto. Ao fim do capítulo, todas essas noções estarão encadeadas de maneira sistemática, e já se poderá partir para o tratamento das estruturas infraconstitucionais do direito à herança e dos problemas surgidos pela sua consagração constitucional.

2.1 As restrições a direitos fundamentais

Por exemplo, terá sentido invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou apelar ao direito de propriedade para não pagar impostos ou ao direito de educar os filhos para os espancar violentamente? (...) Ou invocar o direito de manifestação para encerrar uma escola? Ou invocar o direito ao casamento para contrair matrimónio com uma pessoa do mesmo sexo? Ou invocar a liberdade de expressão para injuriar uma pessoa?⁹²⁻⁹³

Essa coletânea de exemplos de situações de limite encerra um extraordinário recurso retórico, ao salientar certas situações extremas, que encetam um tema bastante discutido sobre direitos fundamentais: o problema dos limites dos direitos. No quadro atual das ideias jurídicas, chega a ser trivial a noção de que os direitos não são ilimitados, definitivamente⁹⁴; o pensamento, de acordo com o qual

⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2007. p. 294.

⁹³ Levante-se uma questão de ordem: a passagem citada logo acima é anterior à Lei 9/2010, de Portugal, a qual instituiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo nesse país.

⁹⁴ Jellinek já observava, com naturalidade, que qualquer direito subjetivo atesta a existência de um ordenamento jurídico, pelo qual ele é criado, reconhecido e protegido, em maior ou menor medida, e que a esfera de liberdade dos indivíduos pode ser restringida pelos mais variados motivos, como razões ligadas ao poder de polícia, ou aos direitos de terceiros (cf. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice, 1912. p. 10, 123).

os direitos são absolutos, embora tenha conhecido seus momentos de certo prestígio, já não passa mais, no dizer de monografista do tema, de uma grande “falácia”⁹⁵. Atualmente, não se pode mais reproduzir, com acerto, a afirmação de Luis Aguiar de Luque de que há maiores dificuldades para grafar-se uma noção de limites a direitos fundamentais, em virtude da ausência de literatura especializada à que se possa acudir. Ao revés: a quantidade de trabalhos, ainda que estes não sejam de cunho monográfico, cresceu exponencialmente nestes pouco mais de vinte anos que nos separam do trabalho citado de Aguiar de Luque⁹⁶, e, se persiste alguma dificuldade no estabelecimento de um vocabulário, ela se dá muito mais pela quantidade elevada de abordagens distintas. Urge, pois, a feitura de um esforço para delimitar o significado de alguns termos, notadamente os de restrição e configuração de direitos fundamentais, manejados insistentemente ao longo deste capítulo.

2.1.1 O problema terminológico

Como observa Martin Borowski, o tema da restrição a direitos fundamentais já conta com uma certa familiaridade para o jurista, pois a constituição garante liberdades fundamentais, e o legislador as limita, parcialmente, com a expedição de leis, procedimento comum no estado constitucional moderno. Mas, se o fenômeno da restrição é estudado mais detidamente, várias questões se antolham, como a construção teórica do processo de restrição e a própria distinção entre configuração e restrição⁹⁷ – pode-se ir além, para falar em distinção entre configuração, restrição, harmonização, regulação etc. Para dar conta da verdadeira

⁹⁵ A afirmação é de Joaquín Brage Camazano, quem, apoiado na lição de Fernández Galiano e de Benito de Castro Cid, assinala que era natural o desenvolvimento dessa noção em fins do século XVIII e início do século XIX, por duas razões: (1) a fundamentação jusnaturalista, inspiradora das grandes declarações de direitos da época, tributária da concepção racionalista do direito natural e do pensamento de John Locke, abonava a tese da irrestringibilidade dos direitos humanos, pois seria uma intervenção *contra natura*; (2) o período histórico passava pelo encerramento de um ciclo de absolutismo dos poderes e, com o início dos regimes constitucionais, abria-se um horizonte para a liberdade, pelo que se fez presente um “fervor de neófito”, para enaltecer os direitos recém-adquiridos (cf., ainda com erudita análise dos direitos havidos, atualmente, como absolutos, a exemplo do direito a não ser torturado, *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 35 ss.).

⁹⁶ Cf. LUQUE, Luis Aguiar de. Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del centro de estudios constitucionales*, n. 14, jan./abr., 1993. p. 10.

⁹⁷ Cf. BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, a. 20, n. 59, mai./ago., 2000. p. 29-30.

“babel terminológica” de que o tema se investe⁹⁸, vale analisar as propostas doutrinárias de duas obras comumente citadas e justamente influentes: a de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink e a de José Carlos Vieira de Andrade. Não que elas tenham maiores proximidades com a proposta defendida ao final; mas as suas exposições, bem como as críticas que se farão, terão um bom valor heurístico neste passo, além de encerrar, no geral, boa parte das inumeráveis configurações que os autores do tema ofertam.

Para Pieroth e Schlink, ocorre ingerência, limite, restrição ou afetação por parte do Estado, quando o particular é impedido de ter uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental. Esta restrição pode dar-se para todos ou apenas para um indivíduo, assim como pode ser simplesmente proporcionada pela lei, quando ela confere autorização para a Administração fazer determinadas imposições aos cidadãos. A par das restrições, haveria as conformações e concretizações. Estas acontecem sempre que o âmbito de proteção de um direito fundamental permanece intacto, é dizer, não é restringido. O Estado não pretenderia impedir a ocorrência de uma conduta, abrangida pelo âmbito de proteção de um direito, mas pretende abrir possibilidades de conduta, para o particular gozar de um direito fundamental. Em certos casos, há direitos, cujos âmbitos de proteção são marcados pelo direito ou pelas normas, casos nos quais o particular somente estaria em condições de fazer uso desses direitos por intermédio da ordem jurídica. Eles falam, expressamente, que este seria o caso do direito à propriedade e do direito sucessório, pois estes direitos exprimiriam uma necessária marcação jurídica na definição de seus limites, embora já contenham uma marcação de conteúdo. Em certos casos, a ordem jurídica ainda pode naturalmente facilitar e apoiar o exercício dos direitos fundamentais, mesmo que estes não tenham o âmbito de proteção dado pelo direito. Isso aconteceria com o direito a manifestar-se, o qual pode, eventualmente, depender de a polícia assegurar ruas para a manifestação, parar e desviar o trânsito, dentre outras medidas, o que aconteceria no interesse dos próprios manifestantes⁹⁹.

⁹⁸ Para um repasse mais profundo da terminologia empregada pela literatura, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 172 ss.

⁹⁹ Cf. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118-122. Os autores ainda afirmam que, no caso de direitos com o âmbito de proteção regulado pelo direito, a fixação de vias para a conduta é sempre realizada por normas, e há liberdade do Estado para essa fixação, sem que essas normas

Para José Carlos Vieira de Andrade, antes de falar-se em restrição a direitos, é necessário estabelecer os seus limites imanentes ou intrínsecos, a partir de uma interpretação constitucional, a fim de se os delimitar. Depois, é possível colocar em relevo a questão das restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais. O que ele chama de restrições a direitos fundamentais, – o sacrifício de um direito, em virtude da realização de outro direito, ou de um valor comunitário –, é um fenómeno exclusivamente permitido ao legislador, pois, argumenta, a Constituição portuguesa não comporta a restrição a direito sem previsão constitucional expressa¹⁰⁰. A restrição deve ser diferenciada da limitação: esta ocorre nas situações em que, ao legislador, não é concedida a competência para promover restrições a direito fundamental. Na primeira, o legislador poderá estabelecer “preferências abstractas em prejuízo do direito restringido”, enquanto, na segunda, ele “terá de pautar-se por critérios de mera harmonização” e deverá, como regra, fixar preferências abstratas em conceitos flexíveis, “que permitam a consideração das circunstâncias concretas nos casos em que as leis venham a aplicar-se”. Além dessas figuras, ainda haveria a lei conformadora, com a missão de definir o conteúdo de certos direitos, carentes de uma densificação normativa¹⁰¹.

As classificações são passíveis de críticas, sobretudo, quando são considerados os pressupostos admitidos neste trabalho. Na classificação de Pieroth e Schlink, a distinção entre restrição, conformações e concretizações é bastante frágil, principalmente, porque as conformações e concretizações não atingiriam o âmbito de proteção dos direitos. Esta questão está ligada a outro ponto ainda pendente de abordagem neste capítulo, mas que pode ser tratado aqui, tanto quanto baste, a partir do próprio exemplo ofertado pelos autores. Quando se decreta a necessidade de aviso prévio de dois dias para a realização regular de uma manifestação, por mais que este aviso possa servir aos interesses dos

que conformam o direito promovam, necessariamente, alguma ingerência. Nos casos de direitos cujos âmbitos não sejam dados por normas, ocorre ingerência na fixação de vias determinadas.

¹⁰⁰ O fundamento é o art. 18 desse diploma: “Artigo 18.º Força jurídica 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

¹⁰¹ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007. p. 285-292.

manifestantes, obrigando-se a administração pública a disponibilizar meios para maximizar a realização do direito, há, inequivocamente, uma limitação à realização de manifestações. Entender-se-á que as manifestações para as quais não haja aviso prévio, ou mesmo aquelas avisadas sem a antecedência indicada, não gozarão de proteção jurídica, isto é, não restarão asseguradas pelo direito consagrado constitucionalmente. Compreendidos os direitos fundamentais como encerrados em princípios, normas que comandam a realização de um valor na máxima medida possível, este tipo de limitação somente poderá ser tolerável se, e somente se, houver circunstâncias fáticas ou jurídicas que impeçam a realização de uma manifestação sem aviso prévio. As causas contrárias podem ser as mais diversas: demanda por segurança, controle do tráfego de veículos, direito ao sossego dos moradores das circunjacências etc. Contudo, pelas leis da colisão e do sopesamento, não é impossível a configuração de uma constelação de circunstâncias, na qual a realização do direito a manifestar-se possa justificar uma interferência mais grave nos valores contrapostos. Suponha-se que o presidente de uma casa congressual resolva, sub-repticiamente, incluir na pauta de votação do dia seguinte um projeto de lei extremamente polêmico, cuja aprovação tenha sido acordada entre lideranças partidárias. Não é difícil imaginar que esse fato pode ensejar uma grande comoção na sociedade, a qual quererá, por certo, exercer seu direito de manifestação. Entretanto, a consideração, sem mais, de que uma manifestação só estará protegida pelo direito fundamental, caso conte com o aviso prévio de dois dias, porá esta manifestação em uma situação periclitante, da perspectiva jurídica. Nesse sentido, não se pode aderir à proposta dos autores alemães citados¹⁰².

¹⁰² Por razões semelhantes, a propósito de restrições de outra natureza, Sérvulo Correia acerta em sua crítica ao legislador português. Na Lei de liberdade de reunião e de manifestação (Decreto-lei nº 406/74), o legislador lusitano estabelece limites sobre as horas dentro das quais podem ter lugar as manifestações. Após os trinta minutos de um dia (00:30h), não pode haver qualquer manifestação. Para as manifestações móveis, o decreto citado determina que elas não poderão começar, aos domingos e feriados, depois das doze horas; aos sábados, não poderão ter início antes do meio-dia; nos demais dias úteis, antes das 19:30h. Após reconhecer algumas razões a favor das limitações, ele observa que poderão ocorrer circunstâncias, especialmente as que justificam manifestações espontâneas, em que o efeito da manifestação sofrerá um grande prejuízo pelas restrições respeitantes à impossibilidade de realização antes de tais horários. Arremata: “Não é de se excluir que se possa chegar à conclusão de que houve déficit de ponderação do legislador e que a restrição se mostra desnecessária às exigências da ordem pública e do bem estar (centradas no respeito da liberdade de circulação) numa sociedade democrática, pelo menos no que toca às manifestações espontâneas ou instantâneas.” Sobre a restrição à continuidade de uma manifestação para além de 00:30h, ele defende a inaplicabilidade da limitação, quando o motivo da manifestação o justifique, ou

A proposta de Vieira de Andrade não merece acolhida, por dois motivos distintos. Em primeiro lugar, o seu esforço por diferenciar restrições das limitações não é algo necessário para o enfrentamento da questão no caso brasileiro. A Constituição brasileira não traz qualquer dispositivo semelhante ao art. 18, da Constituição portuguesa, razão pela qual é de admitir-se, pelo menos em tese, a realização de restrições por parte do legislador brasileiro, mesmo sem uma atribuição expressa de competência para isso. Em segundo lugar, é altamente questionável o ponto de separação entre uma restrição e uma harmonização de direitos fundamentais, um problema que não é resolvido de forma satisfatória por ele.

Pelas razões expostas, uma noção de restrição deve, assim, cumprir dois requisitos fundamentais: (1) ser clara o suficiente, para ser facilmente visualizada a diferença em relação a outras noções relevantes; (2) ser coerente com a teoria dos princípios adotada. Vale lembrar, uma vez mais, que o direito à herança é consagrado por uma norma-princípio, a qual estabelece a realização, na maior medida possível, de um valor, consagrado constitucionalmente. Se é assim, numa acepção de restrição, qualquer norma que reduza a realização do direito à herança contará como restrição. Tomada nesse sentido, a restrição é algo natural e, mesmo, necessário à composição de um ordenamento jurídico que consagre vários direitos, cujas realizações, na máxima medida, colidiriam entre si, inevitavelmente. Mesmo para a proteção a um direito, é possível que sejam estipuladas restrições ao próprio direito, embora isso pareça paradoxal. O exemplo mais comum que se pode colher na literatura especializada é o da previsão de pena de morte para crimes dolosos contra a vida (suponha-se o homicídio). Neste caso, o legislador tomou para si o dever de proteção ao direito à vida na sua possibilidade mais gravosa, a saber, a criminalização de certas condutas, com a cominação da pena capital para a destruição, dolosa, da vida humana. Através da cominação da pena de morte aos responsáveis pela ocisão, o legislador busca proteger a vida das pessoas, de um modo geral. Esse tipo de exemplo dá mostras cabais da existência de limitações aos direitos fundamentais, impostas pela realização de outros direitos, quando não mesmo pela realização do próprio direito a ser limitado, desde que se tome a perspectiva de sua proteção para todos os seus possíveis titulares. A partir destas

quando a manifestação é silenciosa, uma vigília, incapaz de perturbar as pessoas ao redor (cf. *O direito de manifestação – âmbito de proteção e restrições*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 65-66).

observações, já é possível dizer uma coisa sobre a noção de restrição a direito fundamental: é uma norma, qualquer que seja ela, limitadora de posições jurídicas garantidas, *prima facie*, por um direito.

Mais um ponto pode ser afirmado sobre as restrições a direitos fundamentais, ainda como decorrência dos pressupostos adotados até agora. Se a fundamentalidade de um direito é dada pela sua natureza constitucional, com o conseqüente regime diferenciado que isso lhe confere, uma norma restritiva somente poderá ter uma fundamentação constitucional. Somente o constituinte pode subsidiar uma restrição a um direito que ele consagrou; em outras palavras, apenas a realização de um valor constitucional tem o condão de justificar a limitação de outro valor consagrado constitucionalmente por um direito fundamental. Admitir uma restrição pelo legislador ordinário, seja através de omissão, seja através de comissão, a um direito fundamental, sem justificativa constitucional, seria uma fraude à fundamentalidade desses direitos¹⁰³. Assim, a restrição a um direito fundamental será uma norma, a qual se pode fundamentar constitucionalmente¹⁰⁴ e que impede a realização plena de um direito. Esta noção de restrição resta bem mais ampla que a dos autores citados pouco mais acima, mas isso não é um problema, se for bem analisado. A demanda por uma justificativa constitucional para a realização de uma restrição faz com que o ônus argumentativo pese mais contra quem pretende restringir um direito fundamental, pois não se poderá escusar disso, sob a alegação de que faz apenas uma harmonização entre direitos fundamentais contrapostos; ou seja: uma concepção ampla de restrição é útil para uma proteção mais efetiva dos direitos, pelo menos porque exige sempre uma justificativa para a sua feitura, o que pode ser escamoteado pela noção de harmonização dos direitos fundamentais.

¹⁰³ É essa limitação ao legislador que torna sem efeito críticas como a de Werner Kägi, para quem o alcance jurídico dos direitos fundamentais é relativizado e o seu alcance jurídico limitado, pelo fato de sempre ser necessária uma interposição do legislador (cf. *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del estado*. Tradução de Sergio Díaz Ricci e Juan José Reyven. Madrid: Dykinson, 2012. p. 217). Na verdade, a consagração de direitos fundamentais não apenas pode fazer frente a interposições inconstitucionais, como pode fundamentar prestações positivas dos órgãos estatais. O tipo de ideia manifestada por Kägi enquadra-se no que Martin Borowski chama de configuração dos direitos fundamentais sem vinculação, noção à qual se opõe a configuração de direitos fundamentais com vinculação. Na primeira, o legislador promove a configuração dos próprios direitos fundamentais, sem vincular-se a estes, tendo, pois, ampla liberdade na sua atividade legislativa. Na segunda, o legislador estaria vinculado materialmente aos princípios jusfundamentais, de tal sorte que toda e qualquer configuração terá de conformar-se aos ditames da proporcionalidade (cf. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 87 ss.). Vale anotar: a noção de configuração de Borowski é mais ampla que a utilizada, pois engloba tanto a configuração, quanto a restrição, da forma proposta aqui.

¹⁰⁴ Como se verá na sequência, a fundamentação pode ser classificada em direta e indireta.

A noção de restrição, pois, conta com dois elementos básicos: uma fundamentação constitucional e uma oposição à realização de algum princípio constitucional. Outras noções importantes para o trato da matéria envolverão esses dois elementos: a violação e a configuração de um direito fundamental. Se uma norma promove uma redução no âmbito protegido por um direito fundamental, sem que se lhe reserve uma fundamentação constitucional bastante, um direito fundamental não será restringido, mas, mais propriamente, será violado. Nesses termos, a expressão restrição inconstitucional encerraria em si uma *contraditio in adjecto*; se é restrição, é uma norma cuja constitucionalidade é reconhecida. Se lhe falta a constitucionalidade, será uma violação a direito fundamental, que contará com as consequências atribuídas pelo ordenamento a isso¹⁰⁵. Por exemplo, o direito à herança seria violado, se os herdeiros fossem obrigados a manifestar a aceitação de um quinhão hereditário no prazo máximo de 24 horas, contadas do falecimento do hereditando, sob pena de arrecadação dos bens, como vagos, pelos entes públicos. Não há qualquer valor, consagrado pelas normas constitucionais, a justificar uma norma tão drástica para o direito de decidir sobre a aceitação ou a renúncia a um quinhão hereditário.

Como é possível observar, tanto na restrição, como na violação, está-se diante de uma norma promotora de uma limitação¹⁰⁶ a direito fundamental. Entretanto, nem toda atividade do legislador constituído em matéria jusfundamental trará uma limitação a direitos. Certas normas podem, perfeitamente, abranger o conteúdo material de um direito sem haver qualquer oposição à sua plena realização. Nestes casos, está-se diante de uma configuração de direitos fundamentais¹⁰⁷. Quando o Código Civil brasileiro determina, no art. 1791, que a herança é deferida como um todo unitário, mesmo que vários sejam os herdeiros, ele trata, é certo, do âmbito material do direito à herança, mas não promove

¹⁰⁵ Em sentido semelhante, embora com terminologia distinta, Pieroth e Schlink afirmam: “Frequentemente, a resolução de casos práticos não é terminologicamente correta: é que, em vez de ingerência, fala-se de violação e pergunta-se pela sua justificação jurídico-constitucional. Mas a violação é precisamente a ingerência injustificável do ponto de vista do direito constitucional e, por isso, ilícita. Saber se um direito fundamental foi ou não violado constitui, pois, o resultado do exame.” (*Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 124).

¹⁰⁶ Para *limitação*, é adotada uma noção mais abrangente, para englobar a restrição e a violação a direito fundamental.

¹⁰⁷ Ainda para pôr cobro à questão terminológica, utilizar-se-á a expressão *regulamentação* para abranger a restrição e a configuração dos direitos fundamentais.

qualquer limitação a ele¹⁰⁸. Nem se diga, por outro lado, que haveria algum limite ao direito à propriedade do sucedendo, pois, uma vez morto, ele nem poderia mesmo dispor de seu patrimônio. Já é diferente, ainda à guisa de exemplo, do caso da regra do art. 1785, segundo o qual a sucessão se abre no último domicílio do falecido. Poderia ser mais conveniente para o(s) herdeiro(s) que a sucessão se abrisse no domicílio dele(s), ou em outro lugar, como aquele em que a maioria dos bens se encontra, e, por isso, esta regra acaba por restringir o direito à herança¹⁰⁹. A norma deduzida do art. 1791 representa um exemplo interessante de configuração de direito fundamental. As configurações, por não efetuarem uma restrição, não trazem a necessidade de uma fundamentação constitucional, pois não se opõem à realização de princípios. Um conceito assim tão estreito de configuração é criticado por alguns setores da doutrina especializada, porque, dado o número de normas com a natureza de princípios jurídicos em várias constituições, seria difícil de se conceber um grande número de normas atinentes a um direito fundamental, mas que não venham a efetivar alguma limitação¹¹⁰. Robert Alexy realiza, contudo, uma defesa muito convincente de uma concepção mais estreita de configuração, contraposta a uma concepção mais ampla de restrição, ao afirmar que somente ela é capaz de responder às exigências de racionalidade na fundamentação de decisões sobre direitos fundamentais, pois se garante, com isso, que nenhuma restrição fique isenta de fundamentação¹¹¹.

Realizado o acerto do significado das expressões acima trabalhadas, é possível avançar no estudo das restrições.

¹⁰⁸ Robert Alexy utiliza o mesmo exemplo, com o recurso a dispositivo semelhante do Código Civil alemão, o § 1922, 1 (cf. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 332), o qual, na tradução de Sousa Diniz, dispõe: “§ 1922 (Sucessão de direito comum) – Com a morte de uma pessoa (abertura da sucessão – Erbfall), transfere-se o patrimônio (herança – Erbschaft), como um todo, a uma ou várias pessoas (herdeiros – Erben).” (*Código civil alemão*. Rio de Janeiro: Récord, 1960. p. 279).

¹⁰⁹ Há excelentes razões para haver essa limitação. Como aponta Clóvis Beviláqua, em comentário ao art. 1578, do Código Civil de 1916 (de redação idêntica à do atual 1785), o juiz do último domicílio do falecido tem as melhores condições de tomar decisões sobre as questões sucessórias do falecido, já que este unificou, no seu último domicílio, as relações jurídicas transmitidas pela sucessão. Além disso, para herdeiros e demais interessados na herança, a unidade da liquidação da herança representa grande vantagem, a qual se pode obter no domicílio do falecido (cf. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 6. 10. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. p. 16).

¹¹⁰ Nesse sentido, cf. BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, a. 20, n. 59, mai./ago., 2000. p. 55, nota 97.

¹¹¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 340.

2.1.2 Teorias sobre as restrições a direitos fundamentais

Na teoria dos direitos fundamentais, há uma grande unanimidade sobre a relatividade dos direitos, isto é, sobre a possibilidade de eles não se realizarem na maior medida possível a todo o tempo. Entretanto, para bom número de autores, não há como os direitos sofrerem limitações autênticas, a rigor, pois o conteúdo dos direitos que não contam com reserva legal é impassível de qualquer restrição; desta forma, tudo o que o intérprete pode fazer é promover uma acomodação do conteúdo do direito às circunstâncias dadas, sem efetivar qualquer restrição. Em outra frente, há os defensores da possibilidade de restrições propriamente ditas a direitos fundamentais, para quem a demarcação do conteúdo de um direito e a realização de uma restrição a ele são coisas distintas entre si. A necessidade de restrições representaria uma imposição de outros elementos, externos ao direito restringido, sendo possível, então, distinguir o direito das eventuais restrições feitas a ele. A primeira corrente é chamada teoria interna, enquanto para a segunda se dá o nome teoria externa das restrições aos direitos fundamentais. Far-se-á um breve repasse das ideias centrais de cada uma.

2.1.2.1 Teoria interna

Segundo a teoria interna, não existiria um conteúdo dos direitos *prima facie*, diferente do conteúdo definitivo, dado pela resultante das oposições fáticas ou jurídicas que eles venham a sofrer. Os direitos fundamentais seriam, portanto, garantidos de antemão, com conteúdo definitivo, de tal sorte que uma restrição não seria apenas desnecessária, como seria também impossível. A teoria interna guarda a maior correspondência à concepção de direitos fundamentais como posições jurídicas definitivas, impassíveis de restrições externas. Para parte desta corrente, o intérprete deve, em primeiro lugar, fazer a fixação das fronteiras do direito, as quais já resultam da própria norma constitucional consagradora. A partir daí, dois passos seriam seguidos: o primeiro, consistente na identificação do âmbito da realidade à qual se faz alusão; o segundo, na determinação do tratamento jurídico contido no preceito reconhecedor do direito, isto é, a fixação do conteúdo e do alcance da proteção constitucional pretendida. Para outra parte, o conteúdo jurídico de um direito seria averiguado em apenas um passo, com a separação do conteúdo jurídico

aparente do conteúdo real, sendo os limites dos direitos qualificados como “imanescentes”¹¹². Deste modo, não haveria algo distinto do próprio direito fundamental, que seja uma sua restrição: esta já estaria contida nos limites imanescentes de cada direito, razão pela qual o processo de delimitação de um direito não passa por aspectos externos a ele – do que decorre o nome da teoria interna.

Não sendo algo “dado de fora”, os limites dos direitos fundamentais decorreriam da natureza desses direitos e da coexistência com o sistema de direitos fundamentais e da própria constituição, como um todo. O pressuposto fático, montado a partir da semântica do texto e das relações sistemáticas com os demais enunciados constitucionais, contaria a “história completa” do direito. Identificar o âmbito protegido por um direito importaria estabelecer o conjunto de “ações, qualidades e situações jurídicas” abrangidas, de modo a desbastar os conteúdos espúrios ou indevidos; este desbaste far-se-ia pela relação à imanência dos direitos, de acordo com as exigências de alteridade e de exclusão de situações objetivas, como o abuso de direito. Além disso, a interpretação sistemática da constituição permitiria o estabelecimento de várias restrições, incluídas na norma jusfundamental, a fim de evitar um aumento da discricionariedade do legislador e do magistrado, na hora de aplicar os direitos fundamentais¹¹³. A propósito das intervenções legislativas infraconstitucionais, observa Jane Pereira, a teoria interna defende que não são feitas restrições legais aos direitos fundamentais. A legislação reguladora ficaria circunscrita à concretização e à configuração interna dos direitos, a detalhar suas formas de exercício dentro do âmbito de seu conteúdo constitucionalmente previsto¹¹⁴.

Na literatura lusófona, o mais destacado defensor de uma teoria interna é José Carlos Vieira de Andrade. Embora ele lance alguma crítica à teoria interna, notadamente a rejeição ao que chama de modelo “pré-formativo”, capaz de sustentar a recondução à hipótese normativa constitucional de todas as limitações possíveis (os “limites imanescentes” dos direitos fundamentais), ele admite uma

¹¹² Para uma exposição dessa teoria, cf. DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 362-363; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 68-69.

¹¹³ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 690-693.

¹¹⁴ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 141.

interpretação das normas constitucionais que permita restringir, “à partida”, o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo-se o que pode ser considerado, “de plano”, constitucionalmente inadmissível. Essa delimitação ofertaria a vantagem de evitar a consideração de uma situação como de conflito, quando o conflito é apenas aparente: não faria sentido efetuar uma ponderação, quando se está diante de um caso que não pode ser considerado protegido pela constituição, de tal sorte que, ao invés de um conflito entre direitos, há apenas a afirmação total de um deles¹¹⁵. Essa interpretação restritiva, em abstrato, da norma constitucional ainda se justificaria para assegurar plenamente o núcleo essencial dos outros direitos fundamentais, de modo a reforçar o valor normativo da dignidade da pessoa humana, por eles encerrado, bem como dos valores comunitários básicos. Assim, a construção dogmática dos limites imanentes manteria sua importância, por duas razões: (1) não podem ser ignorados os limites expressos no texto constitucional, bem como não de ser reconhecidos, a partir de uma ponderação, os limites constitucionais *a posteriori*, quando, em situações concretas, as circunstâncias permitam concluir que, se a constituição previsse expressamente essas circunstâncias, ela as excluiria do âmbito de proteção do direito; (2) a determinação desses limites imanentes é relevante do ponto de vista do regime jurídico aplicável, pois a determinação deles constitui-se mediante atividade interpretativa da constituição, a qual estará sujeita ao controle de um reexame judicial¹¹⁶.

Peter Häberle é outro destacado defensor de uma teoria interna. Para ele, deve-se afastar toda ideia de que haja um limite que chegue a um direito fundamental “desde fora”. Quando o legislador concretiza um direito fundamental, conforme à essência deste, ele regula limites que sempre existiram. Os direitos fundamentais são limitados, “desde o início”, por aqueles direitos de igual ou maior posto hierárquico, os quais também conheceram reconhecimento jurídico. Este “desde o início” expressa que os direitos fundamentais somente se podem estender até ao ponto de não lesionar bens jurídicos relevantes e que, com a concretização na medida de sua essência, nada lhes é retirado; ou seja: os direitos fundamentais são garantidos apenas dentro dos limites a eles imanentes. Portanto, o legislador

¹¹⁵ Para pegar um dos exemplos de limite lançados por ele, no sacrifício de pessoas humanas em rituais religiosos, não haveria um conflito entre o direito à vida e a liberdade religiosa; a situação sequer está abrangida pela liberdade religiosa.

¹¹⁶ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2007. p. 287-289.

que regulamente um direito de maneira a não fugir da sua essência, não o restringe, nem relativiza, mas, antes, reafirma-o; assegura-o. Para a determinação desses limites imanentes aos direitos, é fundamental uma ponderação de bens, inspirada pelo postulado do sentido dos direitos fundamentais para a vida social em seu conjunto¹¹⁷. Como nota com percuciência Virgílio Afonso da Silva, a teoria de Häberle é uma teoria interna, o que se deixa entrever pela negação deste autor à dualidade liberdade *versus* direito. Nos termos da teoria institucional dos direitos fundamentais preconizada por Häberle, os direitos fundamentais, dentre outras consequências, deixam de ser direitos de liberdade. A liberdade não é algo natural, anterior ao Estado; ela é criada e desenvolvida no âmbito e a partir do direito. Nesse sentido, somente pode existir uma liberdade regulada e delimitada pelo direito, motivo por que a atividade legislativa ordinária não seria uma atividade restritiva da liberdade, pelo tão-só fato de a liberdade não ser algo preexistente à atividade desse mesmo legislador. Por ser interna ao direito, a liberdade, tomada como instituto, é criada pela atividade estatal, que a não restringe, “apenas delimita seus contornos e a desenvolve e garante”¹¹⁸.

O grande risco da teoria interna é percebido, com acuidade, por Manuel Medina Guerrero. A “descoberta” dos limites dos direitos fundamentais fica totalmente a cargo da operação de interpretação do conteúdo dos direitos. A teoria interna parte do pressuposto de que é possível achar, com o esforço hermenêutico bastante, os limites imanentes, dotados de uma dimensão certa e estanque, quando, na verdade, o reconhecimento desses limites e a apreciação dos seus limites dependem da perspectiva subjetiva do intérprete. Diante dessa decisão, a tese da

¹¹⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. p. 54, 56-58.

¹¹⁸ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 136-137. A consideração de que a legislação ordinária assegura e realiza o direito fundamental, ao regulamentá-lo, é altamente criticável, pois, como nota Jane Pereira, põe uma ênfase excessiva ao conteúdo das leis reguladoras, confundindo-as com a proteção constitucional do direito, o que acarretaria um controle menos severo da atividade legislativa, encarada como meramente interpretativa (cf. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 152). Não se pode negar que Häberle não admite a regulamentação de um direito fundamental fora dos seus limites imanentes, isto é, ele não despreza a superioridade constitucional e a vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Seja como for, a teoria interna, ao internalizar os limites, pode deixar de chamar a atenção para a justificativa desse limite. Mais: pode tender a um grande conservadorismo na concepção de alguns institutos que contam, há muito, com regulação infraconstitucional, mas que, devido à evolução do entendimento de outros institutos aproximados, necessitariam de uma reconstituição pelo legislador constituído. Como será argumentado, este é o caso de algumas normas relacionadas ao direito à herança.

teoria interna não oferece controle algum: as controvérsias sobre direitos fundamentais resolvem-se pelo expediente à declaração sobre se a situação questionada forma, ou não, parte do conteúdo do direito, sem ulterior argumentação. Deste modo, fica aberto o flanco para a resolução de uma controvérsia desse jaez resolver-se no puro decisionismo, apresentado sob o aspecto de subsunção jurídica. Se há a pretensão de fazer essa atividade de descoberta dos limites ser uma operação realmente controlável, argumenta Medina, é fundamental reintegrar sua condição de verdadeiros limites – e isso inclui separá-los dos direitos, como se fossem, a princípio, um elemento estranho a eles. Somente a partir dessa dissociação é que se pode formar uma argumentação jurídica mais apurada, capaz de considerar os interesses divergentes na solução de casos controvertidos¹¹⁹. E este é o centro do argumento da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais.

2.1.2.2 Teoria externa

Como aduz Robert Alexy, a própria noção de restrição a um direito sugere a existência, distinta, de duas coisas: um direito e a sua restrição, em uma relação de limitação. Em primeiro lugar, portanto, há o direito em si, sem qualquer restrição, para, em segundo lugar, haver o resto do direito após a restrição, o direito restringido. É bem verdade que não se pode negar o alto número de situações nas quais os direitos existirão no ordenamento já restringidos, mas, para a teoria ser coerente, sempre será concebível qualquer direito, sem qualquer restrição; a relação entre direito e restrição não é necessária, mas apenas incidental¹²⁰. Assim, será possível falar-se em direito fundamental bruto, para fazer referência ao direito em si, sem restrições, e direito fundamental líquido, o direito ao qual já foram feitas as deduções decorrentes das restrições impostas pelo ordenamento jurídico.

A diferença entre considerar um direito limitado intrinsecamente e um direito que sofre restrições externas não é, como diz Virgílio da Silva, uma “mera

¹¹⁹ Cf. GUERREIRO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislativo a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 60-61. Para evitar confusões, Medina chama a teoria interna de concepção restrita do conteúdo dos direitos fundamentais e trata a teoria externa como a concepção ampla.

¹²⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

filigrana teórica”. Na verdade, ele continua, ela é o que possibilita o sopesamento como forma de resolução de colisões jusfundamentais e a aplicação consequente da regra da proporcionalidade. Somente o paradigma da teoria externa, de acordo com o qual as restrições de qualquer ordem não influenciam o conteúdo do direito, mas apenas o seu exercício, pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que não prevalece não tem afetadas sua validade e sua extensão *prima facie*. A propósito, a natureza principiológica de grande parte das normas de direitos fundamentais, isto é, a característica de mandamentos de otimização é totalmente compatível com a teoria externa e guarda, com esta, uma relação estreita¹²¹. O direito fundamental bruto tem a tendência para realizar-se infinitamente; contudo, sua natureza já traz consigo a possibilidade de restrição: nisto, uma vez mais, faz-se notar a diferença entre o direito *prima facie* e o direito definitivo. Fica fácil de perceber que a teoria externa é muito mais compatível com a teoria dos direitos fundamentais adotada aqui. Além da compatibilidade com os demais pressupostos teóricos, a teoria externa tem a vantagem de deixar mais às claras aquilo que está em jogo em uma decisão sobre direitos fundamentais. Não se pode negar que, em muitas situações, o recurso à teoria externa pode conduzir aos mesmos resultados a que se chegaria com a teoria interna; porém, a concepção externa torna mais claro aquilo que serve como a justificativa ofertada para a restrição a um direito. Desta forma, a teoria externa torna mais visível o ônus argumentativo de quem pretende levar a cabo uma medida restritiva de um direito¹²².

As restrições a direitos fundamentais realizam-se, mais das vezes, por regras, as quais tornarão, definitivamente, eliminadas do ordenamento pelo menos uma posição jurídica, *a priori*, protegida por um direito fundamental. Nos termos da teoria dos princípios, isso não significa que uma regra entre em colisão com um princípio. A rigor, a regra seria apenas o resultado da restrição a um princípio, por exemplo, em virtude da necessidade de realização de um princípio a si contraposto, de tal sorte que, de uma perspectiva material, toda restrição a um princípio será

¹²¹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 138-140.

¹²² Para maiores desenvolvimentos sobre as vantagens da teoria externa no campo hermenêutico, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 174-182. Para um repasse das críticas principais à teoria externa, com a crítica das críticas, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 143 ss.

fundada em outro. O art. 496, do Código Civil, traz uma restrição operada por uma regra interessante, que envolve o direito à herança. Segundo ele, um ascendente deverá pedir a autorização dos outros descendentes e, a depender do regime de bens do casamento, do seu cônjuge, para fazer uma venda a um de seus descendentes – a falta da autorização torna o ato anulável¹²³. Neste caso, o direito bruto à propriedade, o qual engloba a mais ampla liberdade de disposição do bem por parte do seu proprietário, acaba, definitivamente, restringido pela realização do direito à herança¹²⁴ – e a regra da anulabilidade da venda a descendente sem o consentimento dos indicados no art. 496 é a expressão desse processo restritivo. Sem entrar, por razões didáticas, no mérito da proporcionalidade dessa restrição¹²⁵, seria possível afirmar que não há, no direito brasileiro, um direito líquido à propriedade que confira, ao seu titular, a possibilidade jurídica de realizar uma venda a descendente sem o consentimento dos outros descendentes e de seu cônjuge, a depender do regime de bens. Em certas situações, o próprio constituinte realiza alguns sopesamentos e estabelece regras restritivas de algum(ns) princípio(s). Acerca do direito à propriedade, o constituinte brasileiro promoveu, no art. 243, *caput*, uma drástica restrição sobre o domínio de bens imóveis destinados ao cultivo ilícito de psicotrópicos, ao determinar a expropriação dessas glebas e o seu direcionamento para o assentamento de colonos ou para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo das demais sanções previstas em lei¹²⁶.

Um princípio também pode fundamentar diretamente a restrição a outro. É

¹²³ “Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.”

¹²⁴ Em comentário ao artigo citado, Otávio Luiz Rodrigues Junior inventaria os motivos “jurídico-políticos” dessa regra: (1) evitar fraude à condição de igualdade das legítimas; (2) evitar enganos e demandas entre ascendentes e descendentes; (3) coibir vendas de bens do patrimônio do ascendente por preço inferior, em prejuízo aos demais; (4) vedar simulações fraudulentas. Ao rebater os três últimos, ele defende que o motivo fundamental é evitar fraude à condição de igualdade das legítimas, pois a ideia é preservar a formação lícita das quotas hereditárias (cf. *Código civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008. p. 169-172).

¹²⁵ Mais algumas restrições decorrentes da consagração da herança necessária no direito infraconstitucional brasileiro serão analisadas no capítulo 4.

¹²⁶ A Emenda Constituição nº 81/14, oriunda da Proposta de Emenda à Constituição 438/01, mais conhecida como “PEC do Trabalho Escravo”, ampliou a hipótese de expropriação também para os casos de propriedades nas quais haja “exploração de trabalho escravo na forma da lei”. Vale uma observação: esta ampliação da restrição originariamente realizada pelo constituinte pode ter a sua constitucionalidade questionada, porque é ato de poder constituído. A restrição, com a amplitude original, não, pois, no Brasil, não se adotou a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais. Sobre esta tese, a referência clássica é BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

comum a inexistência de uma regra, previamente escolhida, para a resolução de determinadas colisões entre direitos fundamentais. A escolha de uma regra serve para reduzir a incerteza acerca da solução para o caso, o que garante maior segurança jurídica, no sentido de permitir a todos o conhecimento prévio do direito a ser aplicado. Contudo, por questões várias, como a inconveniência de se fechar a questão, ou a inércia deliberada do legislador, muitos conflitos ficam para ser resolvidos pelos aplicadores do direito ao caso concreto. Nesse sentido, um magistrado pode ter-de decidir sobre o uso de uma propriedade que põe em risco o equilíbrio do meio ambiente e julgar a favor da imposição de alguma restrição à propriedade. Pela lei da colisão, o resultado será uma regra, segundo a qual, nas circunstâncias dadas, o meio ambiente deve prevalecer sobre a propriedade.

Até ao presente momento, falou-se sobre a possibilidade lógica das restrições, sobre a noção de restrição e sobre a teoria das restrições a direitos fundamentais adotada. Mostrou-se como a noção de restrição é distinta da noção de direito fundamental e como, a partir da restrição, é possível chegar ao que se denominou direito fundamental líquido, tendo como base o direito fundamental bruto, operação condicionada pela distinção entre posições jusfundamentais *a priori* e *a posteriori*. Faltou, deste modo, maior consideração sobre o “outro elemento”, ao qual se fez menção, referente ao chamado direito fundamental bruto, àquilo que se protege, *prima facie*, quando se consagra um direito fundamental. Este elemento é o chamado âmbito de proteção dos direitos fundamentais e a sua definição responde a uma pergunta fundamental: o que é protegido por um determinado direito? Para responder a essa indagação, inaugurar-se-á novo número.

2.2 O âmbito de proteção de um direito fundamental

O âmbito de proteção responde, exatamente, à pergunta sobre quais atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pelas normas consagradoras de um direito fundamental¹²⁷. Como diz Joaquín Brage Camazano, em um método escalonado da análise de questões jusfundamentais, uma das etapas diria respeito a se o direito fundamental em consideração é aplicável ao caso,

¹²⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 71; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 121.

isto é, se o seu âmbito normativo compreende ou abarca, a partir da proteção inicial que outorga, o caso submetido a julgamento, porque, se não for o caso, não se estaria diante de uma questão jusfundamental - e o exame da questão, por esse viés, não faria mais sentido. O autor citado vai além, com argúcia, para fazer notar que a importância da análise do âmbito de proteção não se cinge apenas à questão de saber se se está, ou não, diante de uma questão jusfundamental; também é relevante para indicar a que concreto(s) direito(s) fundamental(is) a questão deve ser repassada¹²⁸. A última observação é relevante para o presente trabalho, pois, como se defenderá no próximo número, muitos problemas decorrentes do trato do direito à herança dizem com a má estipulação do seu âmbito de proteção, por vezes confundido (para prejuízo do titular de direitos), com o âmbito de proteção de outros direitos, notadamente do direito à propriedade, o que impossibilita a visualização de certas situações em que esses direitos entram em franco conflito.

Quando se fala em âmbito de proteção, portanto, fala-se no “tema” da proteção jurídica e do potencial alcance do bem protegido pelo direito fundamental. A tarefa de delimitação é extraordinariamente complexa, pela própria forma de positivação dos direitos fundamentais. É relativamente simples, por exemplo, delimitar o tipo encerrado no art. 121, do Código Penal, o qual prevê o crime de homicídio. Entretanto, estipular o âmbito de proteção do direito à privacidade, à herança etc., já exige uma atividade hermenêutica extraordinária por parte do intérprete. Como a Constituição brasileira não se encarrega de delimitar com detalhes as esferas de liberdade que consagra, o ônus recai sobre quem sustenta uma determinada configuração. A par da justa composição dos direitos, no âmbito das relações privadas, outro ponto salienta a importância da delimitação do âmbito de proteção dos direitos: a preservação da segurança jurídica, através das decisões do legislador sobre matérias jusfundamentais – decisões que se revestem de limites formais (procedimento diferenciado) e materiais (restrições sempre proporcionais)¹²⁹.

Na resposta à questão sobre o que é protegido por um direito específico, existem dois grandes grupos de respostas. Para um, toda ação, estado, fato ou posição jurídica ligados, por qualquer característica, ao âmbito temático de um

¹²⁸ Cf. CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 71. Este autor chama o âmbito de proteção também de “tipo” dos direitos fundamentais, em analogia aos tipos penais.

¹²⁹ Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 226-227.

direito estarão, por ele, protegidos (ainda que apenas *prima facie*). Para o outro, nem tudo aquilo que está ligado à temática do direito fundamental deve, sem mais, ser incluído no seu âmbito de proteção. As próprias constituições já cuidariam de fazer uma seleção de certas situações que devem ser excluídas do âmbito de um direito. O primeiro defende um âmbito de proteção amplo dos direitos fundamentais, ao passo que o segundo concebe um âmbito de proteção restrito. De certa forma, esta discussão guarda um paralelo com a divisão entre teoria interna e teoria externa das restrições; porém, uma teoria externa das restrições é compatível com uma teoria restrita do âmbito de proteção. Um exemplo pode ajudar a esclarecer: é possível compreender que todas as restrições diretamente constitucionais, ou mesmo algumas restrições implícitas, tal qual consideradas aqui, sejam, na verdade, delimitações do âmbito de proteção dos direitos. Assim, a função social da propriedade representaria um limite do âmbito do direito à propriedade, e não uma restrição propriamente dita. Essa ideia é compatível com a possibilidade lógica de restrições à propriedade (indiretamente constitucionais, isto é, realizadas a partir de competências atribuídas ao legislador ordinário), justificáveis constitucionalmente, como as imposições decorrentes dos direitos de vizinhança, que não vêm diretamente na Constituição, e não seriam, por isso, limitações ao âmbito de proteção. Com esse exemplo, o qual, como se verá, é defendido por vários setores da doutrina brasileira, fica claro que não há qualquer relação necessária entre uma teoria interna dos direitos fundamentais e uma teoria do suporte fático restrito, embora, não se possa negar, elas representem um binômio de noções, cuja conjugação se torna mais intuitiva, já que o combo teoria interna-suporte fático amplo é menos natural¹³⁰⁻¹³¹.

A discussão entre as duas teorias guarda importantes consequências práticas, pois pode afastar a incidência do regime especial dos direitos fundamentais

¹³⁰ Sobre a relação da teoria externa com as teses do suporte fático amplo e restrito, com amplas referências ao direito alemão, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 158-164, em que se vê uma tendência de muitos autores e magistrados para uma combinação de teoria externa e suporte fático restrito.

¹³¹ A ligação entre teoria interna e suporte fático restrito leva alguns setores da doutrina ao estabelecimento de uma relação necessária entre a teoria das restrições e a teoria do suporte fático. Jane Pereira, por exemplo, ao discorrer sobre a teoria interna, fala que “o foco da análise [da teoria interna] é a determinação dos confins dos direitos, ou seja, de sua *esfera normativa* ou *âmbito de proteção*, que decorre da adequação do fato à norma.” (cf. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142). Como visto, a ideia da autora citada mistura elementos que contam com bons motivos para serem tratados de maneira apartada.

a situações excluídas, antecipadamente, do âmbito de proteção de um direito, caso se trabalhe com uma teoria restrita do suporte fático; se uma determinada posição jurídica é considerada excluída do âmbito de proteção de um direito, ela estará à mercê do legislador ordinário. Se uma teoria ampla do suporte fático for aplicada, aquela situação, antes relegada ao direito infraconstitucional, ganha foro jusfundamental¹³². Não se trata, definitivamente, de um exercício de halterofilismo acadêmico. Alguns autores, que aderem ao âmbito de proteção restrito, adicionam uma noção para representá-lo. Pieroth e Schlink são representantes dessa tendência. Para eles, o que aqui se chama âmbito de proteção de um direito fundamental é o seu âmbito de regulação, “o domínio da vida em que se aplica o direito fundamental”, enquanto o âmbito de proteção é “o domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais”. Para ilustrar, eles dizem que, em relação ao art. 8º, n. 1, da Lei Fundamental de Bonn, o âmbito de regulação abrange todas as reuniões, mas o âmbito de proteção abrange apenas as reuniões pacíficas e sem armas, pois a própria Lei Fundamental cuida de restringir a proteção a estes casos¹³³. Esta estratégia não passa, seja como for, de um artifício, desenvolvido com o intuito de restringir o âmbito de proteção dos direitos. A questão é se há razões para essa limitação e, para os fins deste trabalho, se ela é compatível com as premissas adotadas.

A exemplo do que ocorre com a teoria das restrições, a respeito da teoria externa, a teoria dos princípios parece vocacionada a sufragar uma teoria do suporte fático amplo. A realização dos direitos fundamentais na maior medida possível sempre trará consigo a necessidade de inclusão do maior número possível de situações ligadas ao seu eixo temático. Mesmo nas restrições diretamente constitucionais, não se deve perder de vista a importância da própria interpretação

¹³² Um caso interessante é analisado, com vagar, em SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 119 ss. Trata-se de um julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual se discutia se o sigilo bancário estaria, ou não, abrangido pelos direitos à privacidade e à intimidade. Se o sigilo bancário não for considerado abrangido pelo âmbito desses direitos, ele seria mera criação do legislador ordinário – e, portanto, estaria à livre disposição deste.

¹³³ Cf. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115-116. Na literatura brasileira, Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis, com designações distintas, adotam ideias idênticas. Por *área de regulamentação*, eles compreendem o que aqui se trata por âmbito de proteção. Entretanto, eles adicionam a noção de *área de proteção*, “menor que a área de regulamentação toda vez que o constituinte retirou daquele recorte da realidade social sobre o qual incide a norma (área de regulamentação) um comportamento ou situação não contemplados pela norma.” (cf. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 125-126).

dessas restrições, a qual deverá obedecer aos cânones de qualquer restrição, sobretudo, à consideração de todos os pontos de vista relevantes. Mesmo quando se diz que as pessoas se podem reunir pacificamente e sem armas, deve-se ter em conta que a própria noção de pacificidade, por exemplo, precisa de ser interpretada de acordo com os demais valores constitucionais. Não fosse ainda o suficiente, a adoção de um suporte fático restrito sempre traz o risco de interpretações meramente intuitivas vencerem o exercício de oferecimento de razões a favor, ou contra, a inclusão de uma situação no âmbito de proteção de direito fundamental. Nesse sentido, a teoria dos princípios é compatível com uma teoria ampla do âmbito de proteção, por propiciar uma proteção mais ampla aos direitos fundamentais, ao incluir, *prima facie*, um conjunto maior de situações sob as suas égides.

2.3 O âmbito de proteção do direito à herança

À vista do exposto no último número, é hora de dar mais um passo na presente pesquisa: estabelecer o âmbito de proteção do direito fundamental à herança, isto é, indicar o conjunto de fatos, estados e posições jurídicas que estão, *prima facie*, acobertados pela proteção constitucional conferida pelo constituinte. Por razões ainda não totalmente averiguadas, a tarefa, aparentemente simples, dada toda a evolução milenar do direito das sucessões, traz uma dificuldade grande, quando ela se realiza numa abordagem mais analítica. Isto porque o direito à herança acabou confundido, na literatura nacional, com o direito à propriedade, em tratamentos bastante promíscuos de vários setores. É provável que a doutrina brasileira se tenha mostrado algo confusa a esse respeito pela novidade da inclusão do direito à herança na Constituição. Por outro lado, a falta de uma abordagem mais analítica, aliada à falta de estudos mais específicos sobre os direitos fundamentais ligados à matéria tradicionalmente classificada como direito privado, fez com que nunca houvesse um estudo acurado sobre o âmbito de proteção do direito à herança. Com isso, o estudo apartado da matéria torna-se plenamente justificável.

2.3.1 O direito à herança e o direito à propriedade: uma distinção necessária

Em comentários bastante difundidos ao inc. XXX, do art. 5º, da atual Constituição brasileira, Celso Ribeiro Bastos expõe a sua opinião, segundo a qual o

único propósito do constituinte capaz de justificar a inclusão do direito à herança no rol constitucional seria o reforço ao direito à propriedade. Desta forma, restaria excluída a possibilidade de o Estado tentar apropriar-se dos bens de uma pessoa falecida. Prossegue o ilustre constitucionalista, para afirmar que o texto constitucional seria mais claro se falasse em sucessão *causa mortis*, o que, de fato, procura assegurar-se. O direito à herança não seria, de maneira exclusiva, daquele que dispõe do seu patrimônio, nem daquele que receberá o quinhão hereditário: o direito à sucessão teria dois sujeitos, portanto. A ligação entre o direito à herança e o direito à propriedade seria das mais próximas e naturais. Nenhuma pessoa, caso não pudesse exercer o direito à herança, encontraria motivos para manter seu patrimônio depois de certa idade; realizar-se-ia uma grande dispersão do patrimônio, na tentativa de flui-lo, antes da chegada da morte. Dentre outras considerações, Celso Bastos alude a que a liberdade de escolha dos sucessores não é ilimitada; mesmo quando alguém queira exercer seu direito de testar, deverá respeitar a ordem e os limites impostos pela lei civil, a respeito da herança necessária. Termina seus comentários com o seguinte: “Como visto, a matéria é no fundo de índole de direito civil e por ele vem farta e minuciosamente regulamentada. A configuração de mais este direito individual não deverá ter repercussão sensível sobre o estado atual da matéria.”¹³⁴ Esta impressão inicial da doutrina reverberou amplamente, inclusive na literatura civilista posterior, de tal modo que é comum a ideia de que o direito à herança é responsável por fazer o direito à propriedade não ser apenas um “usufruto vitalício”¹³⁵, sendo mesmo parte de seu conteúdo, o que o torna uma “proteção conexa” do direito à propriedade¹³⁶. Com isso, o que se percebe no repasse de

¹³⁴ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 148-150. Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma, em sentido semelhante, que o direito à herança não vinha em outras Constituições brasileiras, mas estaria implícito no direito à propriedade (cf. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 52). A propósito da “irrelevância” da consagração do direito à herança, é curioso notar que um comentarista como Pinto Ferreira limitou-se a indicar a origem da redação na Constituição brasileira, atribuindo-a à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, e a lembrar que há preceitos semelhantes em outras Constituições, a exemplo da portuguesa, da espanhola, da alemã e da italiana (cf. *Comentários à Constituição Brasileira*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 126-127).

¹³⁵ Dizer que a propriedade, se não se pudesse transmitir *causa mortis*, seria apenas um usufruto vitalício, é uma impropriedade técnica. O usufrutuário reúne, via de regra, os poderes de uso e de fruição do bem; a propriedade, ainda que sofresse limitação dessa ordem, ainda reuniria em seu bojo as faculdades de disposição e reivindicação, elementos que, por si sós, já tornam o regime da propriedade totalmente diferente do regime do usufruto.

¹³⁶ Cf., por todos, MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Princípios constitucionais e o direito das sucessões. *Revista Forense*, a. 103, v. 390, mar./abr., 2007. p. 47; MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p.

grande parte da literatura, é uma falta de esforço para interpretar o direito à herança como algo de âmbito de proteção distinto do direito à propriedade. Provavelmente por esse motivo, houve mesmo quem se voltasse contra a inclusão desse direito na Constituição¹³⁷.

As ideias expostas já impõem algumas reflexões sobre os âmbitos de proteção do direito à propriedade e do direito à herança. Sobre a consagração constitucional do direito à herança ser irrelevante, na opinião de Celso Bastos, será realizado maior comentário no capítulo quatro. Agora, importa mesmo o trato dos âmbitos de proteção desses direitos. Concentrar-se-á, neste passo, na afirmação de que o direito à herança tem dois titulares: o *de cuius* e o herdeiro. Se for verdade que ambos são titulares do mesmo direito à herança, que este tem uma estrutura, por assim dizer, ambivalente, para servir a herdeiro e ao autor da herança, a realização do direito à herança, na sua máxima medida, serviria, igualmente, a ambos. Mais: qualquer que fosse a configuração do direito à herança para o herdeiro, não haveria qualquer limitação a qualquer posição jurídica em relação à pessoa de cujo patrimônio viesse a sair a herança. Contudo, essa construção é miseravelmente falha. Um exemplo simples reduz ao absurdo a pretensão de querer fazer do direito à herança algo titularizado, a um só tempo, pelo *de cuius* e pelo herdeiro. O Código Civil brasileiro institui a chamada herança necessária, deferindo-a aos descendentes, ascendentes e cônjuge. De acordo com o art. 1789, se houver herdeiros necessários, o testador somente poderá dispor de metade da herança, isto é, metade do seu patrimônio ficará constrangido pela herança necessária. Este exemplo já dá mostras da absurdez de considerar o direito à herança um conteúdo

164. Para Carlos Poletto, o direito sucessório compõe um dos elementos essenciais do direito à propriedade, já que consiste na liberdade de transmitir os bens que formam o patrimônio de uma pessoa, motivo pelo qual o direito sucessório é corolário da propriedade (cf. *Indignidade sucessória e deserção*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26). Cf., também, NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 8, 170; *Idem*. Fundamentos da sucessão legítima. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coors.) *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2008. p. 663; *Idem*. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 32.

¹³⁷ Nesse sentido, escreveu Wolgran noo Ferreira: “Trata-se de inovação no campo do Direito Constitucional, pois somente a partir da Constituição de 1988 que o ‘direito de herança’ foi elevado ao nível constitucional. Nas Constituições de outros países inexistente tal garantia. Entendemos que não se trata de matéria que devesse ser elevada à categoria de garantia constitucional.” (cf. *Direitos e garantias individuais: comentários ao artigo 5º da Constituição federal de 1988*. Bauru: Edipro, 1997. p. 301). Em primeiro lugar, o comentário do autor acabado de citar é incompatível com a realidade de alguns diplomas constitucionais, que já traziam o direito à herança no seu bojo, como o espanhol (art. 33, n.1), ou o alemão (art. 14, n. 1). Em segundo lugar, o autor não justifica por que entende que a matéria não deveria ser elevada ao nível constitucional.

do direito à propriedade: é óbvio que, independentemente do conteúdo específico do direito à propriedade, a faculdade de disposição estará a serviço do proprietário. Contudo, com esta constituição, o direito à herança “do herdeiro” interfere, manifestamente, no direito à propriedade de outra pessoa, que seria também titular do direito à herança (aqui, direito à herança “do sucedendo”). Apenas este argumento já é o suficiente para o rechaço firme e decidido à tese, que se pode intitular da “dupla titularidade do direito à herança”.

Ainda há, pelo menos, mais uma razão para o rechaço à tese da dupla titularidade. Se é verdade que a faculdade de disposição compõe o direito à propriedade – e desde que seja admitida a teoria dos princípios, – qualquer forma de disposição já integrará, ao menos *prima facie*, o âmbito de proteção do direito à propriedade. Pois bem, se a disposição se realiza por ato entre vivos, ou por ato *mortis causa*, isso não faz qualquer diferença para a sua classificação como ato de disposição; nesse sentido, todas as formas de disposição já estariam no âmbito de proteção do direito à propriedade. Isso leva a uma consequência importantíssima: qualquer eliminação à possibilidade de disposição *mortis causa* do patrimônio de uma pessoa já significaria uma limitação ao seu direito à propriedade. E se a propriedade constitui o objeto de um direito fundamental, qualquer limitação a si demandaria, necessariamente, uma justificação de ordem constitucional, que teria de ser tão intensa, quanto maior fosse a limitação à propriedade, nos termos da lei do sopesamento. Sendo assim, qualquer legislação que diminuísse as possibilidades de disposição do patrimônio de uma pessoa, mesmo que este ato só venha a gerar efeitos após a sua morte¹³⁸, já feriria seu direito à propriedade. E como os direitos fundamentais atuam como restrições às suas próprias restringibilidades, bastaria a consagração do direito à propriedade para limitar a atividade do legislador. Não haveria necessidade de um direito à herança que servisse de “linha auxiliar” do direito à propriedade, a fim de garantir que o patrimônio do hereditando não fosse arrebatado pelo Estado em qualquer situação. Afastadas ficam, com isso, duas das teses mais corredias na literatura: a da dupla

¹³⁸ Um detalhe muitas vezes ignorado: o testamento encerra um ato de disposição patrimonial (como regra, pois nem só de disposições patrimoniais se pode fazer um testamento), cujos efeitos se fazem notar após a morte do testador; mas, não se deixe de notar, a disposição é feita em vida, *como se ela fosse realizada no último momento de vida do testador*; como não é dado às pessoas prever o momento exato em que se findarão, fica facultada a possibilidade de adiantar logo os termos dos atos de disposição que ela gostaria de realizar no último momento de suas vidas, se pudessem prevê-lo ao certo.

titularidade e a da “proteção conexa” à propriedade. Especificamente sobre a tese da “proteção conexa”, numa versão mais branda, talvez não fosse absurda a defesa da noção, segundo a qual o direito à herança não teria um conteúdo adicional do direito à propriedade, mas seria apenas um reforço, uma reafirmação da propriedade. Entretanto, é um pouco difícil defender que o constituinte se ocuparia, racionalmente, com uma disposição constitucional, no art. 5º, apenas para ratificar outra, presente no mesmo artigo, embora o excesso de cautela pudesse levar a isso. Além disso, é relevantíssimo lembrar – e isso é determinante para o caso, – que, da perspectiva de uma proteção mais abrangente dos direitos fundamentais, se houver uma interpretação capaz de conferir um âmbito de proteção diferente a cada um dos dois direitos envolvidos e que atribua mais posições jusfundamentais aos indivíduos, essa interpretação deverá ser privilegiada. Esse é o objetivo nas próximas linhas.

Em primeiro lugar, será estrategicamente relevante traçar o âmbito de proteção do direito à propriedade. Por não ser objeto central da pesquisa, isso será feito, tanto quanto interessar ao direito à herança. A Constituição brasileira não define o que é a propriedade. O Código Civil também não desceu a doutrinas sobre a propriedade e resolveu elencar os poderes assegurados a quem preenche os requisitos legais para a aquisição desse direito. Seu art. 1228 estabelece: o proprietário tem a faculdade de usar, gozar, dispor e reivindicar, de quem injustamente o detenha, o objeto da sua propriedade¹³⁹. A estratégia é proveitosa, pois, com isso, os poderes do proprietário não ficam, previamente, direcionados a alguma função específica, imposta pelo ordenamento à utilização da propriedade: o uso, o gozo, a disposição e a reivindicação podem sofrer as restrições que se mostrem justificadas, sejam elas quais forem. Além disso, também se deve afastar a crítica de que isso representaria uma interpretação da Constituição de acordo com a legislação ordinária. Na verdade, apenas se toma por empréstimo uma estratégia do legislador ordinário, a fim de emprestar um significado mais preciso a um dispositivo constitucional, sem perder de vista a necessária crítica à realização legislativa. Encerrar o direito de propriedade nessas quatro faculdades jurídicas não menoscaba esse direito, não lhe retira qualquer potencial de proteção ao indivíduo. Como

¹³⁹ Como observou um antigo professor da Faculdade Livre de Direito do Ceará, a respeito do Código Civil de 1916, observação ainda válida, quando o código fala em propriedade, não se trata do termo utilizado em seu sentido *objetivo*, isto é, como a “cosa mesma que constitui o objeto do direito”. Quando se diz propriedade, diz-se o direito em si (cf. CORREIA, Luiz de Moraes. *O direito de propriedade, o domínio e a posse*. Fortaleza: Typo.-Lytho. Gadelha, 1916. p. 5-6)

explicam, com excepcional percepção, Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón, qualquer ideologia inspiradora de uma positivação da propriedade se deve basear em definição técnico-jurídica, a qual deve ser, em grande medida, asséptica – o que é conseguido por estratégias semelhantes à do legislador brasileiro, poder-se-á acrescentar. Assim, prosseguem, quando o legislador estabelece as faculdades do proprietário com alguns verbos, a exemplo de dispor, gozar e reivindicar, também devem entender-se incluídas quaisquer outras faculdades que um exame erudito e metucioso seja capaz de descobrir; o mais importante será indagar o que um proprietário pode e não pode fazer, mas isso já será uma questão ligada às limitações que a lei pode estabelecer¹⁴⁰. A dicção do código é suficientemente asséptica, para utilizar a expressão desses autores, a fim de ser utilizada no esforço de identificação do âmbito de proteção do direito fundamental à propriedade.

A distinção entre âmbito de proteção amplo e âmbito de proteção restrito tem, no direito à propriedade, o campo mais propício para a ilustração dessa dicotomia doutrinária. Isto porque, cada vez mais, ganha adeptos a corrente do âmbito de proteção restrito para esse direito, sobretudo em razão das restrições constitucionais realizadas pela Constituição brasileira de 1988 a um direito que, até a meados do século XX, não conhecia, nos mais variados ordenamentos jurídicos, maiores limitações dessa ordem. Por influência de alguns setores da doutrina italiana, principalmente com a tradução para o português e divulgação de alguns trabalhos de Pietro Perlingieri, vários setores da doutrina nacional passaram a defender um suporte fático restrito para a propriedade. Na primeira edição de um de seus trabalhos mais clássicos, Perlingieri já dizia que a propriedade privada, quando se a encara como situação patrimonial, tem, de acordo com a Constituição italiana, uma função social. Ela não seria mais apenas um direito (subjetivo), mas seria

¹⁴⁰ “Cualquiera que fuere la ideología que inspire una regulación positiva de la propiedad, ha de concretarse ante todo en una definición técnico-jurídica, que será en gran medida aséptica. Así, y desde ese punto de vista, en la definición del artículo 348 [do Código Civil espanhol] se destaca que el derecho de propiedad se define por la reunión de tres facultades (gozar, disponer y reivindicar). Han sido innumerables las críticas que tal definición han sugerido centradas todas ellas sobre una idea básica: las facultades dominicales son muchas más, no se pueden encerrar en tres verbos. Por eso se ha definido la propiedad doctrinalmente como el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa. Pero estas discusiones doctrinales no son lo más importante. Seguramente el legislador pretendió incluir, al hablar del derecho de gozar y disponer, todas las facultades que un examen erudito y metucioso es capaz de descubrir en el propietario. Además, los Códigos modernos no han podido abandonar la caracterización de la propiedad que se indica. (...) Lo más importante y lo que más interesa es lo que el propietario puede hacer o no hacer, en otras palabras, la cuestión de las limitaciones establecidas por las leyes.” (cf. Díez-Picazo, Luis; Gullón, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. v. 2. t. 1. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 105).

também um dever, no sentido de que não seria, ou pelo menos não deveria ser, mais concebida como uma propriedade exercitada no exclusivo interesse egoístico do titular¹⁴¹. Em edições posteriores, todo o argumento sobre a propriedade e seus limites é desenvolvido e refinado. Em primeiro lugar, ele fala que não se deveria falar “na” propriedade, e sim “nas” propriedades. Desde as disposições constitucionais, o regime do direito à propriedade experimenta variações em relação ao seu objeto, em relação ao seu aspecto quantitativo e em relação às qualidades do proprietário, motivo pelo qual haveria um conjunto de “estatutos proprietários” distintos, os quais serão aplicados de acordo com a constelação fática relacionada ao conjunto proprietário/objeto¹⁴². Cada estatuto proprietário conta, então, com seus próprios limites – e aqui a questão chega ao ponto nodal. Perlingieri sustenta que os limites e as obrigações fazem parte do direito à propriedade; não seriam, pois, elementos externos a ele. O limite deve ser entendido como “o instrumento com o qual o interesse público ou privado circunscreve o direito, sacrificando a sua extensão e determinando o seu conteúdo concreto.” “Fatos externos são o ônus real, a servidão, o peso imposto pelo exterior e que, portanto, não fazem parte da estrutura da situação subjetiva-propriedade”. A opinião de que os limites não fazem parte do direito à propriedade representa um preconceito, de caráter dogmático, de que a propriedade é um direito subjetivo *tout court*. Colocar em evidência os ônus, vínculos etc., que constituem o próprio direito é importante, porque, ainda segundo ele, a “inadimplência” de um deles se reflete sobre toda a situação – e essa “inadimplência” pode não apenas comportar o ressarcimento de algum dano eventualmente observado, mas pode adquirir relevância para fins da existência do direito. Especial papel jogaria a função social da propriedade, já que não é apenas um limite; ela contorna o conteúdo global da disciplina proprietária. A função social não poderia, assim, ser representada como um conjunto de limites, estabelecido “em ódio” à propriedade privada, sem os quais os poderes proprietários ficariam livres e íntegros. Ela é a própria razão pela qual o direito à propriedade é atribuído a um determinado sujeito, de tal sorte que a “ausência de atuação da função social,

¹⁴¹ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Profili istituzionali del diritto civile*. Camerino: Università di Camerino, 1975. p. 19.

¹⁴² Em acomodação dessas ideias ao direito brasileiro, Gustavo Tepedino sintetiza a questão, a dizer que a Constituição brasileira estabelece vários estatutos proprietários para as diversas “situações proprietárias”, segundo a destinação do bem (rural/urbano), a potencialidade econômica (produtivo/improdutivo) e a titularidade (nacional/estrangeiro) (cf. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 327).

portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade.”¹⁴³

Com os elementos já expostos acerca da teoria das restrições e da teoria do âmbito de proteção, é possível enquadrar a doutrina de Perlingieri na teoria externa e de âmbito de proteção restrito. Teoria externa porque ele admite a existência de restrições (“fatos externos”) ao direito de propriedade, que podem, efetivamente, limitar o seu exercício. Isto é compatível com a ideia de restrição externa ao direito. Por outro lado, o direito já seria consagrado com as limitações dadas pelo ordenamento; o ordenamento italiano não conferiria qualquer direito ilimitado, preexistente ao ordenamento e que devesse ser considerado como um conceito transmitido de geração em geração. Os limites não modificariam o interesse juridicamente tutelado; eles contribuiriam para a identificação de sua essência, de sua função¹⁴⁴. Desta forma, o âmbito de proteção é restringido pelos limites, e esse âmbito já seria reconhecido como o do direito à propriedade; esse espectro, já limitado, ainda pode sofrer restrições adicionais por fatos externos – isso é admitido expressamente, o que denota a admissão de limitações por fatores alheios ao direito em si. Com pequenas variações, doutrinas semelhantes, muitas vezes declaradamente inspiradas em Perlingieri, grassam no Brasil, especialmente a propósito do âmbito de proteção restrito. Gustavo Tepedino defende que preceitos como o art. 186, da Constituição brasileira, ao estabelecerem requisitos pelos quais a propriedade rural atende à sua função social (p. ex., observância das disposições que regulam as relações de trabalho), condicionam a fruição do direito individual do proprietário ao atendimento dos múltiplos “interesses não proprietários”. Afirma-se, destarte, que interesses constitucionalmente tutelados, como o bem-estar desses trabalhadores, passaram a integrar o conteúdo funcional da “situação proprietária”. Cada “‘estatuto proprietário’ somente será merecedor de tutela se atender à função

¹⁴³ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 218-220; 224-226; 231. As passagens que estão nas páginas acabadas de citar foram reproduzidas, com leves acréscimos ou alterações, em *Idem*. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 925-927; 933-936; 953.

¹⁴⁴ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 121-122; *Idem*. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 680-682.

social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada.”¹⁴⁵ Como fundamento dessa conclusão, ele apresenta a hipótese de desapropriação, trazida pela mesma Constituição, em seu art. 182, § 4º, que permite a desapropriação da propriedade imobiliária urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, cujo proprietário não promova seu adequado aproveitamento, além da hipótese do art. 184, segundo o qual a União pode desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização¹⁴⁶. Esta tese, intitulada aqui “desapropriação por não-proteção à propriedade”, será criticada pouco mais à frente.

A concepção da função social da propriedade como limite externo encontra um crítico também em Carlos Pianovski Ruzik. Para ele, a teoria da função social externa à propriedade é “incompatível com a compreensão de função social como garantia *jusfundamental*” e com o próprio conceito de função. Função representaria um direcionamento, ao passo que a restrição externa significaria apenas a imposição de limites negativos à liberdade do proprietário. A garantia da função social, enquanto função que é, impor a realização de certos comportamentos pelo proprietário, prestações dirigidas a algo. A conclusão a que se chega é a de que a função social precisa de ser internalizada, incorporada à estrutura do direito, assim como deve ser estudado o seu conteúdo e a sua

¹⁴⁵ Vale notar que não são apenas os civilistas que aderem à ideia de que o direito à propriedade só se justifica diante do cumprimento da função social. Manualista dos direitos fundamentais já asseverou: “Sem função social, não mais existe propriedade legalmente protegida”, após dizer que sem cumprir a função social, o direito à propriedade deixa de merecer qualquer proteção por parte do poder público (cf. MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 140). Curiosamente, Marmelstein diz que, no descumprimento da função social, o direito pode ser restringido ou totalmente suprimido. Como será criticado com vagar, em breve, não poderia haver uma restrição (parcial) a um direito que não existe mais.

¹⁴⁶ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 328-331. Em trabalho escrito com Anderson Schreiber, ele foi incisivo: “A propriedade que não se conforma, portanto, aos interesses sociais relevantes, não é digna de tutela como tal, e não há neste condicionamento uma priorização da função social sobre a garantia da propriedade, uma pretendida *hierarquização* de normas constitucionais, mas uma mera interpretação sistemática do texto maior, que põe em evidência os valores existenciais e solidários, a cuja concreta realização não apenas a propriedade, mas todas as situações jurídicas subjetivas devem se direcionar. A garantia da propriedade não tem incidência, portanto, nos casos em que a propriedade não atenda à sua função social, não se conforme aos interesses sociais relevantes cujo atendimento representa o próprio título de atribuição de poderes ao titular do domínio.” (A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista do advogado*, v. 76, jun., 2004. p. 35). Na mesma página, os autores afirmam que a propriedade é uma função, pelo menos no sentido de que a função social não é um vetor contraposto à propriedade; ela integra a própria estrutura desta.

serventia¹⁴⁷. Em recente comentário à Constituição brasileira, um setor da doutrina reafirma a noção de que a função social é condição necessária à tutela da propriedade, isto é, sem o cumprimento da função social, o direito não será tutelado juridicamente, não existe¹⁴⁸.

A tese do âmbito de proteção restrito da propriedade não pode ser adotada aqui. Além de algumas críticas que podem ser feitas a ela, também há uma incompatibilidade com os pressupostos adotados até aqui. Em primeiro lugar, seja analisada a tese da “desapropriação por não-proteção à propriedade”. Quando se afirma que uma situação não é abrangida por um direito, estar-se-á diante de um caso que, da perspectiva deste direito, é indiferente; ou seja, não se está diante de um fato que desencadeie as consequências jurídicas atribuídas pelo ordenamento. Portanto, e isso é um truísmo teórico-jurídico, se alguém diz que a situação x não é protegida pelo direito y, os efeitos jurídicos representados por y não serão aplicáveis à situação x; em uma linguagem corredia na literatura especializada, x não é o um caso de antecedente do qual y é o conseqüente, ligados x e y pelo vínculo da imputação. Nesse sentido, por exemplo, x não pode ser considerada uma situação violadora do direito y, nem pode ser considerada uma situação que o realize. É indiferente. Feitas estas considerações, seja encarada a tese da “desapropriação por não-proteção à propriedade”. Se for verdade que a inadimplência da função social “deslegitima a fundamentalidade” do direito à propriedade; se for verdade que se estará fora do seu âmbito de proteção, quando a função social não for cumprida, isso significará que não haverá mais nenhuma posição jurídica constituinte da

¹⁴⁷ Cf. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 257-259.

¹⁴⁸ Cf. ARONNE, Ricardo. Comentário ao art. 5º, inc. XXII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 313. No mesmo sentido, ele já havia afirmado, em outro trabalho: “É curioso observar que, na mesma página, o autor, ao refutar a tese de Duguit de que a propriedade deve ser havida como uma função, a serviço da coesão social, afirma: “Essa opção jurídica resultou no ordenamento constitucional brasileiro, ao garantir-se o direito de propriedade. A propriedade se legitima em fundamentalidade por sua função, mas tutela-se como um direito individual ou coletivamente privado, não como uma função.” Ricardo Aronne não explica como seria uma tutela de uma função, diferente da tutela de um direito. Também se pode questionar como um direito só existe se cumprir uma função sem ser, também, essa própria função. Isso só faria sentido, se se admitisse que a função social é um limite externo. Sobre a defesa da tese da “desapropriação por não-proteção à propriedade”, vale conferir a seguinte passagem, do mesmo autor: “Não merece guarida no sistema a propriedade que não resta funcionalizada, já que a propriedade se justifica por sua função, no concurso dos princípios que se relativizam sem se anularem.” (cf. *Propriedade e domínio – a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*. 2. ed. Atualizada por Simone Tassarini Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 147).

propriedade no patrimônio jurídico da pessoa que não se conduziu de acordo com os ditames dessa função. Não haverá mais resquício de alguma propriedade juridicamente “tutelável” a opor contra quem quer que seja. Se for assim, como se pode justificar que um proprietário receba uma indenização prévia e justa, se ele já não tem mais um direito defensável à propriedade? Esse direito seria autônomo em relação à propriedade, cujo objeto se toma, contra indenização? Aliás, uma expressão como “direito à propriedade que não cumpre a função social” seria contraditória: se o direito à propriedade só existe, caso a função social seja cumprida, uma vez descumprida esta, *ipso facto*, findo será aquele. Assim, a tese da “desapropriação por não-proteção à propriedade” é flagrantemente ilógica, se se partir do pressuposto de que o direito à propriedade deixa de existir, ao ser descumprida a função social¹⁴⁹. Portanto, para haver alguma coerência com o que a própria Constituição preconiza, tem-de ser montada uma estrutura teórica compatível com a subsistência do direito à propriedade, mesmo quando faltem requisitos integrantes do conteúdo da função social.

Em resposta à tese criticada, é fundamental reconhecer que, em casos de desapropriação, a qual encerra, indiscutivelmente, restrição à propriedade, só não há uma eliminação do direito, porque a posição do proprietário é mantida por indenização; a partir daí, dá-se a conversão da garantia ao objeto da propriedade em garantia ao valor da propriedade¹⁵⁰. A Constituição brasileira traz uma situação compatível com a tese da “não-proteção”: a expropriação de imóveis destinados à cultura de plantas psicotrópicas ou em que se mantenha mão-de-obra escrava, exemplo já citado na exposição sobre as restrições a direitos fundamentais. Neste caso, a propriedade é alijada do patrimônio de seu titular, sem mais. Não há qualquer posição jurídica oponível a entes públicos ou privados a cargo do proprietário de terras nessas condições. Aqui, sim, é possível falar-se em ausência de proteção jurídica. Para a teoria do âmbito de proteção restrito, nem seria um caso de direito à propriedade; a própria Constituição já realizaria um “recorte” do direito e

¹⁴⁹ Roberta Mauro e Silva percebeu este detalhe e, embora tenha feito a afirmação de que os efeitos decorrentes da propriedade não devam ser efetivados, se a função social não for cumprida, temperou o entendimento, ao dizer que o “mau proprietário não poderá ser plenamente destituído de sua propriedade por meios diversos da ação de desapropriação”, pois isso o garantiria contra a agressão de terceiros (cf. *Relações reais e relações obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 94).

¹⁵⁰ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 344.

excluiria as situações de expropriação. Para a teoria do suporte fático amplo, também aqui haveria uma restrição, externa ao direito; especificamente, nada resta da propriedade após o sopesamento. Isso será discutido em breve. O relevante, neste passo, é chamar a atenção para o fato de que a própria interpretação desses limites já deve ser operada de acordo com as demais normas constitucionais e que dizer que o direito à propriedade abrangia os casos de terras destinadas à cultura de plantas psicotrópicas, ou em que sejam flagradas condições de trabalho análogas às de escravidão, nos termos da teoria dos princípios, será apenas dizer que esse direito existe *a priori*, nunca que ele existe definitivamente. Deste modo, embora seja algo repugnante dizer que a Constituição garante a propriedade a quem emprega mão-de-obra escrava em sua gleba, além de aparentemente contraditório com o texto constitucional, isso deve ser compreendido nos seus devidos termos: garantia apenas *prima facie*.

Outro ponto merecedor de atenção é a crítica, segundo a qual encarar-se a função social como restrição externa à propriedade é problemático, pois essa noção não daria conta da imposição de certos comportamentos comissivos ao proprietário: apenas se marcaria a diminuição da liberdade do titular do direito, em aspecto tão-somente quantitativo; não haveria uma ênfase na alteração “qualitativa” da propriedade, operada pela função social. Esta crítica também não se sustenta, pois a admissão de restrições aos direitos fundamentais dos indivíduos é perfeitamente compatível com a imposição de deveres de proteção, a cargo dos seus titulares. Estes deveres de proteção se impõem pela necessidade de proteção a outros direitos individuais ou interesses coletivos, que venham a colidir com os direitos individuais contrapostos. Mas não se sustenta, necessariamente, que esses deveres de proteção, sobre os quais já se falou no capítulo um, sejam impostos apenas aos entes públicos; eles se impõem também aos particulares, indistintamente¹⁵¹. Quando os críticos da teoria externa ou do âmbito de proteção amplo, a exemplo de Gustavo Tepedino e Carlos Ruzik (nos termos já citados), criticam a insuficiência da restrição externa aos direitos para justificar a existência e a operatividade da função social, eles já tomam como certo que os direitos fundamentais de uns não têm o condão de atribuir deveres de proteção a outras

¹⁵¹ Não há espaço, neste trabalho, para maiores considerações sobre as teorias relativas à extensão e sobre a forma através da qual os direitos fundamentais se podem aplicar às relações entre particulares.

pessoas, igualmente titulares de direitos fundamentais. Acontece que a tese criticada por esses autores não é defendida, hoje, por praticamente ninguém que acolha a teoria externa ou o âmbito de proteção amplo, nem guarda com tais teses qualquer relação necessária¹⁵².

Por todas as razões expostas, defende-se um âmbito de proteção amplo do direito à propriedade. Seja pelo fato de isso permitir uma proteção mais abrangente aos direitos do indivíduo, seja por deixar mais claro o processo argumentativo de limitação a direitos, seja porque, apesar das críticas, rebatidas acima, o âmbito de proteção mais amplo não ignora, nem impede, a realização de restrições a direitos, inclusive com a imposição de deveres, consistentes em atos comissivos, a particulares. Qualquer situação que se ligue, em alguma medida, às faculdades de uso, gozo, disposição ou reivindicação de uma coisa, estará, *prima facie*, garantida pelo direito à propriedade. Qualquer pretensão de menoscabar ou eliminar por completo alguma dessas situações precisará, necessariamente, de uma fundamentação constitucional. E, pelos termos da lei do sopesamento, a intensidade da interferência no direito de propriedade terá de ser proporcional ao grau de importância da realização dos valores cuja realização se pretende com isso.

O âmbito de proteção do direito à herança também traz dificuldades em seu estabelecimento, sobretudo pela ampla confusão com o direito à propriedade. Antes mesmo de entrar no problema específico, deve-se resolver uma questão de ordem. Para setores da doutrina especializada, a herança representaria uma garantia do instituto, sem representar, propriamente, um direito fundamental. Seu âmbito de proteção, assim, seria estritamente normativo, dependente da atuação do legislador para a “concretização da garantia ao instituto da herança.” Desse modo, seria um direito de defesa, que daria aos cidadãos o direito de exigir omissões dos poderes públicos lesivas à garantia consagrada¹⁵³. Uma garantia do instituto seria um “complexo coordenado de normas”, a exemplo da propriedade, da herança e do casamento, o qual não traz um conteúdo previamente delimitado, e disto se segue a necessidade de interposição legislativa para tornar minimamente viável o exercício

¹⁵² Ou seja: eles cometem a “falácia do espantalho”: lançam críticas a algo que é dito por ninguém, ou, mais precisamente, a uma versão imprecisa do que é defendido por outrem.

¹⁵³ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do advogado*, n. 112, 2011. p. 81-82. Da mesma autora e no mesmo sentido, cf. Comentário ao art. 5º, inc. XXX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 338.

de alguns direitos; para estes casos, o legislador não teria somente competência para estabelecer restrições aos direitos, mas teria competência atribuída a si para determinar a amplitude, a conformação, a medida e o conteúdo mesmo desses direitos¹⁵⁴. A propósito da teoria das garantias do instituto, não há necessidade de maiores considerações; seu desenvolvimento na publicística alemã contém muitos detalhes, cujo tratamento é desnecessário aqui¹⁵⁵. Cabe, isto sim, uma apreciação crítica dessa classificação do direito à herança.

Classificar o direito à herança como uma garantia do instituto levaria à conclusão de que representaria um direito de defesa, segundo Judith Martins-Costa¹⁵⁶, contra interferências indevidas dos poderes públicos. Se for assim, a garantia do instituto não poderia fundamentar qualquer pretensão individual a uma prestação positiva, seja dos entes estatais, seja dos particulares. Além disso, ela não contaria com um conteúdo previamente estipulado e ficaria à mercê da atividade do legislador ordinário, a propósito de seus limites, extensão etc. Em relação aos direitos fundamentais propriamente ditos, as garantias do instituto seriam mais abstratas e gerais, enquanto os primeiros seriam de conteúdo concreto¹⁵⁷. É bem verdade que o direito à herança não vem marcado com maiores indicações do seu conteúdo. Contudo, este fato, de per si, não autoriza qualquer conclusão de que não se pode tratar, pelo menos em certa medida, de um típico direito fundamental. A grande parte dos direitos fundamentais “prototípicos”, por assim dizer, não têm, na positivação constitucional, qualquer indicação mais precisa de seu conteúdo – e nem por isso se lhes deixa de reconhecer o “título” de direito fundamental. Qual o conteúdo preciso do direito à privacidade? Que condutas estão vedadas ou impostas às pessoas, de um modo geral, pela consagração desse direito a um indivíduo? As respostas a essas perguntas não encerram um conjunto restrito de situações, mas nem por isso se justificaria, seriamente, a afirmação de que não há um conteúdo protegido para esse direito, independentemente de qualquer atuação do legislador. Este exemplo demonstra que o grau de precisão do conteúdo e dos limites de um

¹⁵⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 45-46;

¹⁵⁵ Para uma abordagem detida e erudita, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 532 ss.

¹⁵⁶ Cf. a antepenúltima nota.

¹⁵⁷ Para uma comparação mais detalhada sobre garantias do instituto e direitos propriamente ditos, cf. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. La garantía institucional de la herencia. *Revista derecho privado y constitución*, n. 3, mai./ago., 2004. p. 44 ss.

direito fundamental não podem ser determinantes para impedir que eles fundamentem pretensões individuais de prestações negativas ou positivas de outras pessoas, sob pena de proteção insuficiente aos bens protegidos por “meras” garantias do instituto. A teoria das garantias do instituto deve servir para aumentar a proteção dos indivíduos contra investidas legais que possam abolir certos institutos reputados indispensáveis à vida comunitária, mas não pode promover uma erosão da força normativa dos direitos fundamentais. Em síntese, os direitos fundamentais devem, tanto quanto possível, ser considerados autênticos direitos subjetivos, mesmo quando o seu conteúdo não esteja profundamente delimitado pelo constituinte. Esta tese é totalmente compatível, se não mesmo imposta, pela admissão da teoria dos princípios, pois estes exigem a realização dos valores consagrados na máxima medida. Sendo assim, só excepcionalmente se deve recusar a classificação de um direito fundamental como direito subjetivo, para enquadrá-lo como garantia do instituto. Impõe-se a investigação de um âmbito de proteção para o direito à herança, mesmo que a sua densificação fique sob responsabilidade do legislador, a quem ficam estabelecidos deveres de legiferação, a fim de resguardar, de forma bastante, esse direito.

A doutrina de Judith Martins-Costa ainda é criticável sob outro aspecto. Para ela, o direito à herança seria um direito de defesa e tudo o que ele impõe é um dever de omissão dos órgãos públicos contra intromissões indevidas. Se isso for correto, não haveria como, em nome do direito à herança, ser realizada alguma restrição em outro direito individual, porque o direito à herança não teria força jurídica para tanto; restringir-se-ia, apenas, a impor limites à atuação estatal. Mas o ordenamento jurídico brasileiro traz restrições a outros direitos, realizadas com fundamento no direito à herança. Já se falou, em outra ocasião, sobre a restrição constante do art. 496, do Código Civil, a qual limita o poder de disposição do proprietário, quando diz ser anulável a venda a um descendente sem a autorização dos demais. Se o direito à herança só impusesse limites negativos à atuação estatal, a constitucionalidade dessa limitação específica seria altamente questionável, e haveria uma violação do direito à propriedade. Desse modo, para maximizar a eficácia do direito, não há razão para limitar suas possibilidades de efeitos apenas perante o Estado, mas também perante particulares, que podem, perfeitamente, fazer periclitarem a situação de um titular do direito à herança.

Em outra faceta da mesma crítica, não parece muito justificável a tese de

que o direito à herança só possa justificar pretensões a omissões. Uma hipótese extrema ajudará a ilustrar a crítica. Suponha-se que o legislador resolva revogar todo o Código Civil brasileiro, pois o considera insuficiente, e pretende editar um grande número de atos legislativos esparsos, para dar conta das matérias¹⁵⁸. Diante da consagração constitucional do direito à herança, seria de se recusar a alguma pessoa o direito de adquirir a propriedade de bens deixados por um falecido, mesmo que este tenha, ainda em vida, manifestado, em escrito solene e repleto de formalidades, sua vontade de dar esse direcionamento ao seu patrimônio? Alguém poderia afirmar que, nesse caso, o Estado arrecadaria os bens, por falta de disposição do legislador. Entretanto, também estoutro argumento careceria de maior justificativa: não haveria norma que determinasse a arrecadação dos bens pelo Estado, em virtude da morte de uma pessoa. A falta de regulamentação teria-de valer, também, para a aquisição dessa propriedade pelo Estado. No caso, os bens deveriam ser considerados, a partir do óbito, coisa de ninguém. Esta solução fica longe de dar a máxima proteção ao direito à herança. Se é um direito consagrado por uma norma-princípio, deve ser realizado na máxima medida. Nesse caso, o direito à herança experimentaria uma restrição tão profunda, que somente uma realização extremamente importante de outros princípios constitucionais, ou a pressão de gravíssimas circunstâncias fáticas, poderiam servir de justificativa suficiente. Mas, nesse caso, não há justificativa razoável para isso. Já foi defendida a tese, em trabalho monográfico, segundo a qual, em situações de limite, o judiciário poderia empreender a dação de prestações normativas diretas, quando a omissão do legislador venha a obstar a realização de direitos fundamentais. Claro, isso deve ocorrer apenas nos termos da lei do sopesamento: a interferência na competência legislativa atribuída constitucionalmente só se justificaria em situações extremadas, nas quais o direito fundamental é gravemente violado pela omissão legislativa. Em outras palavras, a prestação normativa direta seria admissível apenas quando a omissão do legislador instaure uma situação jurídica que esteja fora da sua liberdade de conformação. A partir de então, a importância da realização de um direito fundamental, frustrada pelo não-exercício de uma competência do legislador (com o conseqüente descumprimento de um dever de legislar), justificaria o

¹⁵⁸ Para não atrapalhar o exemplo, imagine-se, ainda, que a norma revogadora tenha sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nada obstante deixar vários direitos fundamentais sem regulamentação.

exercício dessa competência por outro ente¹⁵⁹. Isso levaria à necessidade de uma complementação da doutrina de Judith Martins-Costa, para incluir também a possibilidade de o direito à herança justificar pretensões individuais de prestações positivas, a par das restrições negativas à liberdade do Estado e também de particulares. Não se diga que isso levaria ao aniquilamento da liberdade de conformação do legislador; ele continuaria com a competência para legislar sobre a matéria e tomar decisões específicas sobre várias restrições ao direito de herança, as quais comportam várias possibilidades distintas de concretização. As prestações normativas diretas não impediriam o exercício posterior das competências constitucionais do legislador.

Por fim, resta analisar o eixo temático do direito à herança. O recurso ao entendimento doutrinário é útil, para emprestar significado ao inc. XXX, do art. 5º, da Constituição. Para Colin e Capitant, herança é o patrimônio transmitido a outrem, deixado por uma pessoa morta, o qual compreende todos os direitos que o defunto exercia (e suas dívidas), à exceção daqueles que, por sua natureza, ou por disposição de lei, escapam ao fenômeno sucessório¹⁶⁰. Clóvis Beviláqua, na sua definição, propõe um refinamento muito interessante, a respeito do direito à herança. Para ele, a herança é o patrimônio de “alguém, que deixa de existir”, e que se recebe pelos herdeiros. Em nota, complementa: em sentido subjetivo, direito hereditário é a faculdade de aceitar ou repudiar uma herança¹⁶¹. O detalhe para o qual se chama a atenção é o de Beviláqua detalhar o direito à herança, de sorte a incluir uma faculdade de repudiar o patrimônio, ao qual uma pessoa chamada a herdar tem direito. Esse aprimoramento é importante, porque uma pessoa, chamada a herdar, tem a faculdade de renunciar à herança que lhe seria deferida, seja em virtude de lei, seja em virtude de ato de disposição de última vontade do sucedendo.

Com as considerações realizadas, já é possível cravar o seguinte âmbito de proteção para o direito à herança: ele será composto por qualquer situação, fato ou estado jurídico ligado, em qualquer nível, à possibilidade de aquisição do

¹⁵⁹ Cf. GOMES, Felipe Lima. *Omissões legislativas sobre direitos fundamentais: aspectos teóricos*. Saarbrücken: NEA, 2015. esp. capítulo 3.

¹⁶⁰ Cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. t. 3. 3. ed. Paris: Dalloz, 1922. p. 361. Pinto Ferreira, após recorrer ao Digesto, simplifica a definição, para dizer que herança tem por objeto a universalidade de direitos que possuía o defunto (cf. *Tratado das heranças e dos testamentos*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 35).

¹⁶¹ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5. ed. Revista e atualizada por Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. p. 11-12.

patrimônio sucessível de uma pessoa, que deixa de existir. Alguns esclarecimentos podem ser realizados, a fim de dar mais indicações da noção de herança. Inicialmente, serão ressaltados aspectos objetivos do fenômeno hereditário. Em primeiro lugar, é importante salientar que alguns direitos do sucedendo não poderão compor a herança, por razões variadas. À guisa de exemplo, tome-se o caso do direito ao usufruto. O próprio Código Civil estabelece que a morte do usufrutuário é motivo de extinção desse direito (art. 1410, inc. I) – logo, conclui-se que ele não é transmissível aos herdeiros do seu titular. Em segundo lugar, a quase totalidade dos elementos componentes do acervo patrimonial sucessível encerra um valor econômico; entretanto, certas posições jurídicas, transmissíveis *mortis causa*, não são passíveis de apreciação econômica. Como exemplo, é possível lembrar o direito dos herdeiros de continuar o processo de reconhecimento de filiação, caso o filho, que tenha iniciado a ação, venha a falecer, e a competência dos herdeiros para impetrar a ação, se o *de cuius* era menor ou incapaz (art. 1606, do Código Civil)¹⁶².

Já a respeito de aspectos subjetivos do fenômeno sucessório, algumas notas devem ser lançadas. A pessoa, que deixa de existir e tem o seu patrimônio transferido a outra(s), é pessoa física. A herança à qual a Constituição faz menção é a herança de pessoa natural, a qual tem a sua morte declarada, o que desencadeia a abertura da sua sucessão. As pessoas jurídicas não morrem; extinguem-se. Sobre os sujeitos, detentores do direito à herança, estes serão indicados pelas normas regentes da matéria, as quais podem deixar ao alvedrio do hereditando a sua indicação específica, ou já trazer, previamente, a indicação de quem deverá receber seus bens, após a sua morte. Por exemplo, um ordenamento jurídico pode dispor que uma parte da herança será destinada, obrigatoriamente, aos filhos do morto. Se for assim, caso alguém faleça, deixando filho vivo, este terá direito à herança. Neste passo, Pontes de Miranda faz uma observação primorosa, ao propor a distinção entre direito de sucessão e direito a ser herdeiro. O primeiro, tem-no a “pessoa que a lei ou o testamento indica como sucessor hereditário”; o segundo é titularizado por quem será chamado à sucessão, caso quem tenha o direito de sucessão venha a perdê-lo (por exemplo, se renuncia ao seu quinhão hereditário). No exemplo ofertado, um neto poderá ser chamado à sucessão, caso o filho sobrevivente

¹⁶² É inegável que o a comprovação de uma filiação poderá acarretar consequências patrimoniais relevantes, como o direito aos alimentos e à própria herança. Seja como for, não se pode negar, outrossim, que a ação de filiação não contará, necessariamente, com esses pedidos.

renuncie. A situação de quem se torna herdeiro, se alguém deixa de o ser, não é, defende Pontes de Miranda, de simples expectativa. Antes, a situação se assemelha à de direito condicionado, razão pela qual é possível afirmar que o titular do direito a ser herdeiro tem competência para a propositura da ação de exclusão de herdeiro por indignidade (arts. 1814-1818, do Código Civil)¹⁶³. A lição do autor citado é relevante, pois representa mais um elemento de maximização do direito à herança. Seguramente, o titular do direito a ser herdeiro não contará com todas as prerrogativas de um herdeiro (por exemplo, não será considerado possuidor dos bens do acervo hereditário), mas contará com certos recursos, destinados à proteção de sua condição jurídica.

No mais, a definição de herança de Beviláqua, a par de concisa, marca típica dos seus escritos, é elegante e muito técnica. Sobre a faculdade incluir a renúncia à herança, já se falou. Quando ele fala em patrimônio de “alguém, que deixa de existir”, não assume o compromisso de que a existência se encerre, necessariamente, pela morte física. Essa existência é tomada apenas em seu sentido jurídico, é dizer, na ocupação de um polo subjetivo das relações jurídicas, nas quais alguém toma parte. Assim, também se pode considerar, pela definição comentada neste passo, herança o patrimônio de uma pessoa ausente, a qual não se sabe se está viva ou morta, cuja sucessão pode ser aberta, provisória ou definitivamente, nos termos dos arts. 26 ss., do Código Civil. Pela definição ofertada, concretiza-se a opção por um âmbito de proteção alargado. Em relação ao direito à herança, não há maiores discussões sobre âmbito de proteção amplo ou restrito; na verdade, a discussão nunca se colocou. Talvez porque o direito à herança nunca foi encarado como um direito de âmbito de proteção distinto do âmbito do direito à propriedade (mesmo que com interseções eventuais); talvez porque não haja, na própria Constituição, restrições ao direito à herança, a exemplo da função social. Não é mais necessário repetir os argumentos a favor da teoria do âmbito de proteção amplo.

Com essa combinação de elementos, consegue-se cumprir o intuito de interpretar a Constituição, de modo a atribuir, aos direitos à propriedade e à herança, âmbitos de proteção diferentes. Isto é importante por razões muito fortes: (1) evita a pobreza de uma interpretação constitucional tendente a atribuir, à consagração de

¹⁶³ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. 55. 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972 (reimpressão da Editora Revista dos Tribunais). p. 185.

dois dispositivos distintos, um só direito; (2) permite a visualização clara de que os direitos à propriedade e à herança não apenas devem ter, por razões de lógica e conveniência, âmbitos de proteção distintos, como também deixa claro que, a depender da configuração que eles tomarem, a realização de um pode causar interferência(s) no outro. Não se pode, por outro lado, achar que esses âmbitos de proteção não contem com pontos em comum: a admissão do direito à propriedade como garantidor de qualquer situação jurídica abrangida pelas faculdades de uso, gozo, disposição e reivindicação e do direito à herança como garantidos de qualquer situação ligada à possibilidade de aquisição do patrimônio sucessível de uma pessoa, que deixa de existir, forma uma interseção considerável entre os dois âmbitos de proteção. Uma norma restritiva para um pode ser restritiva para o outro. Por exemplo, quando o Código Civil veda a nomeação, como herdeiro ou legatário, do concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato há mais de cinco anos (art. 1801; inc. III), tanto se limita o direito à propriedade do testador, quanto se limita o direito à herança do concubino: o primeiro não poderá dispor do seu patrimônio, para favorecer seu concubino; o segundo não poderá adquirir o patrimônio sucessível do testador, algo garantido, *prima facie*, pelo direito à herança, por conta da relação específica mantida com o testador. Ou seja: definitivamente, não há direito à nomeação como herdeiro ou legatário para o concubino do testador casado, nos termos do art. 1801, inc. III, do Código Civil. Tudo isso demonstra a inaptidão da tese “da dupla titularidade” do direito à herança. Titular do direito à herança é o herdeiro, não o *de cuius*; se o direito fosse de ambos, qualquer restrição ao direito à herança abalaria o direito de ambos. Entretanto, certas restrições ao direito à herança não afetam a faculdade de disposição do sucedendo. Vale outro exemplo: quando o Código Civil indica que o direito de representação só se dá na linha descendente, mas não na ascendente, ele promove uma limitação ao direito à herança, desde o ponto de vista dos ascendentes. Da perspectiva do hereditando, isso não faz a menor diferença para o seu direito à propriedade, pois ele não tem qualquer controle sobre como a herança pode ser adquirida pelo direito de representação, já que é a lei que estabelece esse processo. A absurdez da tese da dupla titularidade ainda se pode fazer notar pela configuração infraconstitucional do direito à herança no Brasil. A sucessão se abre com a morte (ou algum fato ao qual a lei atribua esse efeito), e só existe herança a partir deste momento. Se o direito à herança for também do falecido, chegaríamos à conclusão

de que o *de cuius* é titular do direito à herança, *que surge após a sua morte...*

3 PROBLEMAS NA CONFIGURAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO À HERANÇA

Lançadas as bases de direitos fundamentais, nos dois primeiros capítulos, ficaram estabelecidos os fundamentos necessários à abordagem de alguns problemas escolhidos de direito hereditário. Em outros termos, é a ocasião de estudar-se o impacto da fundamentalidade do direito à herança sobre o direito infraconstitucional. Para isso, serão repassados os efeitos da inserção constitucional de um direito; na sequência, serão expostas algumas questões, cuja interpretação se repropõe, a partir do caráter jusfundamental do direito à herança.

3.1 A constitucionalização do direito à herança: efeitos gerais no caso brasileiro

O intuito, neste número, é explorar as consequências gerais, havidas pela consagração constitucional de um direito, como é o caso do direito à herança, no Brasil. A relação entre a Constituição e o direito civil tem gerado um sem-número de trabalhos, e os efeitos da constitucionalização de direitos ligados à seara civil ainda gera reações mais conservadoras de alguns setores doutrinários e jurisprudenciais. As consequências específicas do direito à herança também têm sofrido com um grande óbice: não se estudou, até hoje, de maneira abrangente e analítica, qual o âmbito de proteção desse direito. Com as noções expendidas no capítulo dois, já se torna mais fácil dar um passo inicial nessa investigação, principalmente porque se defende a tese de um âmbito de proteção próprio do direito à herança, desvinculado, nada obstante parcialmente coincidente, do âmbito de proteção do direito à propriedade. Estabelecido, com o rigor necessário, o espectro temático acobertado por esse direito, fica inteligível e facilitado o estudo de sua intensão, isto é, da sua força dentro dos seus limites temáticos.

Como fio condutor deste número, será utilizada a proposta de Joaquín Arce y Flórez-Valdés, para quem a eficácia jurídica das normas constitucionais se pode dividir em cinco frentes: (1) eficácia direta; (2) eficácia derogatória; (3) eficácia invalidante; (4) eficácia interpretativa; (5) eficácia informadora¹⁶⁴. Como um conjunto

¹⁶⁴ Cf. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El derecho civil-constitucional*. reimp. Madrid: Civitas, 1991. p. 125 ss., para o que segue, no corpo do texto, sobre esse tema.

de normas dotadas de inquestionável juridicidade, a constituição deve aplicar-se, diretamente, a todas as situações de fato que se podem subsumir a si. Pode, ainda, servir de forma supletiva, pois contém princípios jurídicos aplicáveis a várias questões – um dos grandes capítulos do constitucionalismo do século XX foi, seguramente, o crescimento da força jurídica da constituição, do reconhecimento da sua normatividade, especialmente dos seus princípios¹⁶⁵. As chamadas eficácias derogatória e invalidante são distintas uma da outra, na lição de Arce y Flórez-Valdés: a eficácia derogatória seria representada pela força das normas constitucionais, em virtude do seu grau superior na hierarquia jurídica, para promover a derrogação das normas infraconstitucionais anteriores. Fossem todas da mesma hierarquia, prevaleceria a posterior. Uma vez vigentes as normas constitucionais, as normas infraconstitucionais incompatíveis não são mais admitidas no ordenamento e, conseqüentemente, não terão mais o condão de reger as relações jurídicas pósteras – dada a regra de irretroatividade das normas constitucionais. Desde modo, o direito infraconstitucional anterior à vigência da constituição, em virtude de sua incompatibilidade material com esta (inconstitucionalidade), é conduzido à derrogação¹⁶⁶. A eficácia invalidante atua em relação às normas jurídicas posteriores à vigência de uma constituição, tendendo a anulá-las, desde que incompatíveis com as normas constitucionais.

A eficácia interpretativa é, tradicionalmente, atribuída à constituição, mas teve sua feição alterada nos últimos tempos. Isto porque o caráter exclusivamente programático das normas constitucionais acabou superado – o que fez a sua eficácia interpretativa converter-se, gradativamente, em eficácia direta. Seja como for, o fato é que a eficácia interpretativa ainda existe em medida considerável. A eficácia interpretativa atua em duas dimensões: (1) sobre a própria constituição, a qual conta com um “intérprete supremo” (observação válida para a Constituição

¹⁶⁵ Sobre isso, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255 ss.

¹⁶⁶ Não vem ao caso discutir sobre as possibilidades de um controle de constitucionalidade das intituladas leis “pré-constitucionais” e da inconstitucionalidade “superveniente” das normas oriundas desses diplomas. Sobre o tema, cf., por todos, HERANI, Renato Gugliano. *Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais*. Rio de Janeiro: Método, 2010. No direito brasileiro, grassa controvérsia sobre o que aconteceria no caso de incompatibilidade dessa ordem: (1) para alguns autores, há revogação do direito anterior incompatível; (2) para outros, há inconstitucionalidade; (3) para outro setor, ocorre uma revogação pela inconstitucionalidade, pois uma revogação pura e simples poderia ocorrer apenas entre normas de mesma hierarquia. Para um repasse da matéria, cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 160-163.

brasileira, que conta com o Supremo Tribunal Federal como seu guardião precípua); (2) sobre as demais normas do ordenamento jurídico, pois as normas constitucionais atuam como cânones hermenêuticos, incidentes sobre o direito restante, de tal modo que este não poderá ser entendido, nem corretamente aplicado, sem atender ao sentido do texto constitucional. Sobre a eficácia informadora, ela deriva da própria condição da constituição como norma suprema e básica da convivência democrática. Todas as normas constitucionais detêm, em maior ou menor medida, essa eficácia informadora da legislação de desenvolvimento dessas normas da constituição. Graças a essa eficácia, as normas constitucionais deverão servir de orientação à legislação ordinária posterior, além de influir em todas as outras eficácias mencionadas. No limite, pode ser utilizada pela jurisdição constitucional para suprir as inconstitucionalidades por omissão, dando-se à legislação pré-constitucional um significado admissível para um hipotético legislador pós-constitucional racional.

As lições do jurista espanhol citado acima são de bom aproveitamento para o caso brasileiro. Como aduz Gustavo Tepedino, a civilística brasileira mostrou-se resistente às vicissitudes históricas, que aproximaram o direito constitucional e as relações privadas; para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e que, apenas de maneira excepcional, seriam dirigidas ao intérprete, o qual poderia valer-se delas como meio de confirmação de um princípio geral de direito, nos termos do art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nesse contexto, devem ser depreendidos os significados da chamada constitucionalização do direito civil. Ela não significa apenas a incidência horizontal dos direitos e garantias individuais nas relações entre particulares; incidem, também, na produção legislativa, de modo a exigir uma atividade do legislador compatível com o programa constitucional. Por outro lado, as normas constitucionais produzem efeitos no plano interpretativo, “reclamando uma leitura da lei civil conforme o texto constitucional, postulado cada vez mais acatado entre os constitucionalistas.”¹⁶⁷ Em sentido semelhante, Paulo Lôbo afirma que o processo de constitucionalização do direito civil vai além da aplicação direta dos direitos e garantias, para atuar de duas formas principais: (1)

¹⁶⁷ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Normas de direito constitucional e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: _____. *Temas de direito civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 24, 41.

quando não existir norma infraconstitucional para a resolução de um caso, o magistrado extrairá das normas constitucionais o conteúdo necessário à realização do conflito; (2) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada de acordo com as normas constitucionais ligadas à situação. Portanto, as normas constitucionais sempre seriam aplicadas a qualquer relação jurídica privada, seja integralmente, seja pela conformação das normas infraconstitucionais¹⁶⁸. Como se pode perceber, a sistematização de Arce y Flórez-Valdés cobre, a contento, os principais pontos reclamados por esses setores da literatura brasileira como consequências primordiais da constitucionalização do direito civil.

Além das cinco eficácias, é possível apontar, dentro da sistemática dos direitos fundamentais do Brasil, outra consequência importante da fundamentalidade do direito à herança. Pelo disposto no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, não se poderá admitir qualquer emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais dos cidadãos brasileiros. Com esses elementos, já se pode promover o seguinte catálogo de efeitos da fundamentalidade do direito à herança (o que se pode generalizar, a propósito, para qualquer direito individual): (1) eficácia direta, devendo as normas constitucionais conhecer a aplicação, pelo intérprete, tanto quanto possível, mesmo sem alguma interposição do legislador constituído; (2) eficácia derogatória, entendida como recusa de fundamento de validade a qualquer norma anterior à Constituição, que lhe seja contrária; (3) eficácia invalidante, responsável pela nulidade de qualquer norma posterior à Constituição, que lhe seja contrária; (4) eficácia interpretativa, impondo ao intérprete o dever de emprestar significados conformes à Constituição aos dispositivos infraconstitucionais; (5) eficácia informadora, a qual traz para o legislador o dever de obedecer os padrões constitucionais em sua atividade; (6) caráter de cláusula pétrea, tornando o direito fundamental matéria impassível de abolição pelo legislador. Com a inspiração desses elementos, serão encarados, doravante, alguns problemas selecionados de direito hereditário, que podem ganhar novas implicações com a abordagem jusfundamental proposta para o direito à herança. Quando se fala em novas implicações para alguns problemas de direito hereditário, isso não significa que não

¹⁶⁸ Cf. LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

se chegaria, eventualmente, às soluções defendidas, caso o direito à herança não fosse um direito fundamental. O que se põe em relevo é o fato de surgirem novos argumentos, ou de alguns argumentos antigos serem revalorizados, diante da fundamentalidade do direito à herança, uma inovação trazida pela atual Constituição brasileira. Desse modo, o grande intuito deste último capítulo é dar mostras de como o regime jusfundamental desse direito influencia a interpretação de alguns dispositivos infraconstitucionais, mesmo que isso não seja o suficiente para alterar a interpretação que já seria dada sem a menção constitucional a esse direito. O mais importante é averiguar as consequências da constitucionalização, para evitar aplicações exageradas ou indevidas da ideia.

3.2 Problemas específicos à luz da fundamentalidade do direito à herança

Os problemas da legislação infraconstitucional envolverão dois tipos de situação: (1) os casos em que o direito à herança é limitado – e será analisado se se trata de restrição ou de violação ao direito à herança (p. ex., a exclusão dos colaterais, quando da declaração de vacância da herança); (2) os casos em que algum outro direito fundamental é restringido, em virtude da realização do direito à herança (p. ex., a propriedade, quando se estabelece a herança necessária). Esse plano será executado com um repasse, tão breve quanto possível, das noções legais e doutrinárias necessárias ao entendimento da questão, com a posterior proposta de solução, baseada nas implicações da adoção da teoria dos princípios. Em relação ao primeiro passo, para alguns casos, não se fará maior exposição; somente algumas noções mais específicas serão expendidas. No que concerne ao segundo, praticamente tudo já foi abordado nos dois primeiros capítulos, de modo que as soluções serão praticamente nada além de aplicações das noções teóricas defendidas.

3.2.1 A herança necessária, a restrição à propriedade do sucedendo e a proteção à família

A herança necessária, não será demais repetir, promove uma grave limitação ao direito fundamental à propriedade do sucedendo, pois restringe sua capacidade de disposição, elemento central da noção de propriedade. A reserva, no

caso brasileiro, de cinquenta por cento do patrimônio para os herdeiros necessários impõe barreira aos atos de disposição do proprietário, tanto nos atos de disposição de última vontade, quanto em certos atos realizados *inter vivos*, vedados pelo ordenamento em virtude da proteção à legítima. Viu-se como a fundamentação desse instituto conheceu as mais variadas formas. Desde a manutenção da obrigação alimentar, incompatível com os termos do direito positivo, até à decrépita noção de compropriedade familiar (segundo a qual os herdeiros necessários seriam herdeiros do que, de alguma forma, sempre foi deles), a justificativa predominante da herança necessária, na literatura mais acatada, está lastreada na proteção da família. Cada membro da família desenvolveria um “papel”, que conferiria um direito ao patrimônio dos membros mais próximos. Nessa variante da ideia geral da proteção à família, vale fazer a transcrição de uma passagem de Clóvis Beviláqua:

O marido adquire pelo trabalho; a mulher conserva pela economia sensata; e os filhos, sabendo que em secundar o labor dos seus progenitores, ao mesmo tempo, cumprem um dever de gratidão e se esforçam em proveito próprio, constituem-se auxiliares prestimosos para a criação e consolidação do patrimônio da família.¹⁶⁹

O excerto transcrito traz consigo todo o projeto de família encartado, pelo menos originalmente, no Código Civil de 1916, notadamente o papel estanque cabível a cada membro da família: o homem, chefe da sociedade conjugal (pois a família só se formava pelo casamento), é o provedor do lar; a mulher, uma espécie de secretária executiva do seu “chefe”; os filhos, coadjuvantes da instituição familiar, devedores de gratidão aos pais. Neste passo, não se pretende fazer um paralelo entre esses caracteres da família na codificação passada e os atuais: isso é objeto do próximo ponto, revelador de uma mudança radical sobre o tema. Agora, vale apenas ressaltar que, no que se pode considerar outra variante da noção de herança necessária como proteção à família, já não se ressalta essa relativa garantia de uma certa “contrapartida” patrimonial pelo exercício de papel familiar. Nas intituladas “leituras constitucionalizadas” do instituto, essa reserva patrimonial serviria ao cumprimento do dever de solidariedade familiar, a partir do qual seriam garantidos meios (financeiros) para a realização da dignidade da pessoa humana e para a proteção à família; em outras palavras, para os membros da família, “a

¹⁶⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5. ed. Revista e atualizada por Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. p. 53.

legítima estabelece mecanismos econômicos capazes de libertá-los de suas necessidades.”¹⁷⁰

Feita essa recolocação do tema, fica patente que, em qualquer das vertentes da defesa do argumento familiar, faz-se a defesa da adequação da constituição codificada do direito à herança, o qual é deferido, na sucessão necessária, a certos indivíduos, pelo tão-só fato de terem mantido certos vínculos jurídicos com o sucedendo. Portanto, é reafirmada a licitude da intrusão de uma relação de direito de família no âmbito do direito hereditário. Entretanto, como antecipado, a noção de família imperante no direito brasileiro modificou-se significativamente, sobretudo com a Constituição de 1988 e com o Código Civil de 2002, e essa mudança deve levar a um novo questionamento: há razões para vínculos familiares, por si sós, trazerem consequências para o direito hereditário, dada a nova concepção de família? Noutro dizer: ainda é possível justificar a interferência no patrimônio de um cônjuge, companheiro, descendente ou ascendente, sob a alegação de proteção à família, sem quaisquer considerações sobre as situações concretas das pessoas envolvidas, como o perfil socioeconômico de cada um? Para responder a essa questão, a viragem na compreensão de família merece maior exame.

3.2.1.1 Família: da concepção institucional à concepção instrumental da Constituição brasileira

A família continua a ser, com a Constituição de 1988, um elemento basilar para a sociedade, tanto que ela determina uma proteção especial a esse ente (art. 226, *caput*). Dizer-se que a família deve gozar de especial proteção, por ser elemento de importância estratégica para a consecução dos planos constituintes, não diz sobre qual deve ser o modelo de família do ordenamento jurídico. Um exame do tipo de família e da forma que as relações familiares tomam na atualidade, especialmente em comparação com o modelo anterior, será de grande valia para a

¹⁷⁰ Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 52. No mesmo sentido, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 6. 21. ed. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2014. § 453-A (Versão digital); BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 322.

crítica sobre a justificativa comumente dada à herança necessária.

A família projetada pelo Código Civil de 1916, nos seus termos originais¹⁷¹, trazia, de maneira muito bem delineada, o papel cabível a cada um dos seus membros. Ao marido, competia a chefia da sociedade conjugal. Como chefe, eram suas atribuições, dentre outras, representar, legalmente, a família e prover à manutenção desta (art. 233, incs. I, V). A razão para a dação da chefia a apenas um dos cônjuges, especificamente ao marido, foi explanada por Lafayette Pereira nos seguintes termos: a direção da sociedade conjugal subsistiria de maneira irregular, se o poder de dirigi-la não se concentrasse nas mãos de um só dos cônjuges; dessa necessidade de evitar perturbações, formou-se o poder marital, cuja denominação provém de ser ele conferido ao marido, “como o mais apto pelos predicados do seu sexo para exercê-lo”¹⁷².

Em contrapartida, a mulher assumia, pelo casamento, os apelidos do marido e a condição de companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 240). À mulher era vedado, sem o consentimento do marido, dentre outras coisas, aceitar tutela, curatela ou múnus público, exercer profissão e aceitar ou repudiar herança (art. 242, incs. IV, V, VII). Como se percebe, mesmo para um ato que não lhe traria prejuízos financeiros, como a aceitação de uma herança, dado o benefício de inventário, a mulher não tinha autonomia. O papel do marido de provedor do lar era tão bem marcado, que a mulher sequer poderia exercer uma profissão sem a sua permissão¹⁷³. A desigualdade nos papéis assumidos por homem e mulher na sociedade conjugal tinha materialidade bastante visível na relativa incapacidade civil da mulher casada, inscrita no inc. II, do art. 6^o¹⁷⁴.

¹⁷¹ Neste número, excepcionalmente, todas as menções ao Código Civil de 1916 serão feitas, salvo indicação expressa do contrário, à sua redação original.

¹⁷² E arremata: “O marido figura na cena jurídica debaixo de três caracteres: como chefe da sociedade conjugal; como sócio com direitos seus, e finalmente como representante da mulher em tudo que diz respeito aos direitos e interesses particulares dela.” (Cf. *Direitos de família*. 4. ed. Anotações e adaptações ao código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p. 123).

¹⁷³ A condição da mulher casada só ganhou uma alteração sistemática com a edição da Lei nº 4121/62, intitulada Estatuto da Mulher Casada, com a exclusão da menção à incapacidade civil e a conferência de uma série de direitos. Sobre o direito da mulher casada ao produto do seu trabalho, quando autorizada pelo marido, cf. RÁO, Vicente. *Direitos da mulher casada sobre o producto de seu trabalho*. São Paulo: Fraçale & Cia, 1927. Esse trabalho foi a dissertação apresentada por Ráo para o concurso, que venceu, à cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Paulo.

¹⁷⁴ Clóvis Beviláqua esforçou-se para demonstrar a igualdade entre homem e mulher no Código de 1916. Para ele, não se utilizou expressamente a expressão “poder marital”, uma “abstenção significativa”, não obstante a incapacidade da esposa viesse consignada. Em face do Código, isso demonstraria que, “apesar da preeminência concedida ao marido, como chefe da sociedade conjugal”, os dois cônjuges se achavam no mesmo plano jurídico. A chefia da sociedade conjugal

Essa divisão de funções no seio da família servia a certos propósitos importantes. Dentre eles, o mais relevante para o presente trabalho – consequentemente, o único analisado – é a missão da família de servir como unidade produtora e reprodutora de patrimônio, transmissível pela sucessão hereditária aos filhos, preferencialmente os oriundos da união matrimonial. A sociedade para a qual o Código Civil de 1916 foi projetada, observa Silvana Carbonera, era uma sociedade eminentemente rural, em que a procriação dava cabo da importante tarefa de gerar mão-de-obra para a entidade familiar, produtora de boa parte daquilo que consumia¹⁷⁵. Com essa realidade, toma todo o sentido a projeção dos filhos como coadjuvantes na produção da riqueza doméstica, em “gratidão” aos cuidados dispensados pelos pais. Naturalmente, a ideia de uma deixa patrimonial necessária a esses integrantes da família era fortificada pela função exercida no seio familiar. Havia toda uma urdidura na disciplina da filiação, para privilegiar os filhos havidos na constância da relação matrimonial, quando da sucessão de seus pais. Tome-se a disciplina da adoção, a título ilustrativo. Somente poderiam adotar as pessoas maiores de cinquenta anos, sem prole legítima ou legitimada (art. 368). Fica claro, só com isso, que a adoção era ato destinado apenas a quem não tinha filhos ligados à relação matrimonial – e já sem maiores esperanças, consideradas as forças naturais, de consegui-lo. No direito hereditário, o filho adotivo, se concorresse com filhos naturais¹⁷⁶, legitimados após a adoção,

seria uma decorrência “da necessidade de haver quem lhe assuma a direção.” Clóvis Beviláqua atribui aos costumes o fato de a atribuição da chefia ser conferida ao marido (cf. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 2. 12. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1960. p. 90-91, 99-100). Apesar de todo o esforço de Beviláqua para interpretar tamanha discrepância nas atribuições dos cônjuges como indispensável à gestão de uma sociedade conjugal, as restrições à capacidade civil da mulher casada mostravam-se, pelo menos, desproporcionais (em sentido estrito). Sobre a diferença entre os deveres do marido e da esposa no Código de 1916, cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73-75.

¹⁷⁵ Cf. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) *Direito das famílias por juristas brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35, 38, 43. No local citado, a autora traz dados demonstradores dessa realidade. Por exemplo, em 1872, data do primeiro censo demográfico realizado no Brasil, apenas 9,62% da população habitavam os centros políticos da época, de modo que mais de 90% moravam no restante do país.

¹⁷⁶ Filhos naturais eram os gerados por pais sem impedimentos para casar entre si; eles poderiam ser reconhecidos pelos pais. Entretanto, os filhos incestuosos e os adúlterinos (ambos integrantes do gênero *filhos espúrios*), respectivamente, filhos de parentes, impedidos de casar entre si, e filhos decorrentes da quebra do dever de fidelidade conjugal, não poderiam ser reconhecidos. Os filhos naturais e adúlterinos poderiam ser legitimados pelo casamento entre seus pais – e o filho legitimado se equiparava, em tudo, ao legítimo, que é o nascido de justas núpcias, – o que era impossível para os incestuosos, pois o casamento era um vínculo indissolúvel, e o impedimento para o casamento não deixaria de existir entre os pais.

teria direito a metade do quinhão que tocasse aos últimos (art. 1605; § 2º).

A família, portanto, angariava a proteção por si própria; a manutenção da família, institucionalmente tomada, era a grande finalidade da legislação de regência. As pessoas integrantes detinham direitos e deveres, à medida que cumpriam sua missão no bojo da família, delineada pelo Código. O patrimônio era estratégico para a realização desse desiderato, pois a sua manutenção entre os membros da família, ao menos em parte, era a garantia de que o organismo familiar teria maiores probabilidades de manter-se. Como observa Guilherme Calmon da Gama, o casamento era considerado, antigamente, no modelo tradicional e oitocentista de família matrimonial, o espaço público único para a formação da família como instituição fundamental, a fim de garantir-se “a tranqüila e ordeira transmissão de patrimônio.”¹⁷⁷

Até à Constituição de 1988, houve avanços na legislação civil, relacionada à família. Foi citado o Estatuto da Mulher Casada, responsável por grande realocação da mulher no âmbito jurídico – nada mais que uma atualização da ordem jurídica à realidade social, a qual assistia a um processo de independência da mulher, lastreado, em grande medida, pela consciência de seus direitos e pela inserção feminina no mercado de trabalho. Em outro grande marco da evolução, em 1977, foi consagrado o divórcio no direito brasileiro, com a Lei nº 6515. Com ela, nota Rodrigo Pereira, privilegiou-se a vitória de um dos princípios basilares do direito, a liberdade, sobre uma noção que não mais impera no ordenamento jurídico brasileiro: a indissolubilidade do vínculo matrimonial. Seja como for, o atual diploma constitucional, prossegue o autor citado, foi o responsável por moldar, diferentemente, os principais fundamentos da matéria, em ato verdadeiramente revolucionário. Essa revolução conheceu três grandes frentes: (1) a legitimação de todas as formas de filiação, que pôs fim à discriminação entre os filhos (art. 227; § 6º); (2) a igualdade entre os cônjuges, para acabar com a “suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais” (art. 226; § 5º); (3) a pluralidade das

¹⁷⁷ Cf. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 27. Em outro trabalho, o mesmo autor ressalta que o dogma da indissolubilidade do vínculo matrimonial era indiscutível e absoluto – e se atrelava ao imperativo da *paz familiar*. A família, portanto, merecia proteção, enquanto instituição, ainda que a convivência entre os seus membros fosse altamente prejudicial ao casal e à eventual descendência (cf. *O direito de família e a união estável – perspectivas para o século XXI*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *O direito de família após a Constituição Federal de 1988*. p. 131-132).

formas de constituição de família (art. 226; §§ 3º e 4º)¹⁷⁸.

O primeiro ponto promoveu uma reviravolta (também) no direito hereditário. Todas e quaisquer discriminações sobre o direito hereditário dos filhos, decorrentes da forma de legitimação, perderam, fragorosamente, o seu fundamento de validade – não há mais condições para a defesa de uma proteção do patrimônio familiar contra a “diluição” entre filhos havidos fora do casamento. O segundo ponto promoveu uma democratização nas relações de família, ao equiparar os membros da sociedade conjugal e dar-lhes, paritariamente, o seu controle. Deixou-se de lado a ideia de que os “atributos do sexo” sugeririam a superioridade masculina para tocar a sociedade conjugal, assim como a ideia de que a gestão da sociedade conjugal seria melhor e menos conturbada, caso deixada nas mãos de uma só pessoa – o homem. Seguramente, essa alteração indicia, ainda, o vislumbre do foro de independência da mulher, a quem se outorga o poder para chefiar, em conjunto, a sociedade conjugal. Sobre o último ponto, há uma clara intenção de abranger a proteção à família para outras formas de relacionamento, que não a matrimonial, em privilégio, uma vez mais, da liberdade, voltada às formas de constituição da família¹⁷⁹.

A essas, é possível somar outra, muito relevante para o tema deste trabalho: o da proteção da família na pessoa de cada membro (226; § 8º¹⁸⁰). Esse dispositivo leva o intérprete a uma viragem absolutamente significativa na interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional, relacionado à família. Isto porque não se pode mais conceder a proteção jurídica a uma pessoa pelo fato de ela pertencer a um grupo familiar – a desempenhar a função projetada, legalmente, para si. Antes, confere-se proteção à família, à medida que ela vira o *locus* mais adequado para o desenvolvimento da personalidade *de cada um de seus membros*. Na influente (e precisa) lição de Pietro Perlingieri, totalmente compatível com o

¹⁷⁸ Cf. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 5-6.

¹⁷⁹ O texto constitucional fala, expressamente, em união estável e famílias monoparentais, como entidades familiares. Embora o foco seja trazer apenas indicar as evoluções na própria Constituição, vale mencionar, a título exemplificativo, como o termo ‘família’ tem ganhado significados mais amplos em sede jurisprudencial. A súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça dispõe o seguinte: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.” Isso representa, pelo menos para fins de bem de família, a consagração das chamadas famílias unipessoais.

¹⁸⁰ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

direito brasileiro, a família, enquanto formação natural, é garantida constitucionalmente, não como portadora de um interesse supraindividual e mais importante, mas em função da realização de exigências individuais, como o lugar para o desenvolvimento da pessoa, tanto quanto realize os valores das relações civis, especialmente a dignidade humana. O valor central de referência, nesta abordagem, deixa de ser a família e passa à pessoa, a cuja tutela é voltada a avaliação normativa da família, além do reconhecimento dos direitos fundamentais¹⁸¹. Assiste-se, destarte, à funcionalização da família, em contraponto à proteção normativa da família como instituto. Esse caráter funcional se deixa entrever, por exemplo, na maior liberdade, existente hoje, para constituir e desconstituir a relação conjugal; a facilitação do divórcio demonstra que o casamento deve existir até ao momento em que a relação serve à satisfação dos cônjuges; um vínculo matrimonial indissolúvel, ou mesmo a exigência de um prazo prévio de separação para a sua concessão, representava a imposição normativa da manutenção de um relacionamento insatisfatório ao(s) envolvido(s)¹⁸². Exsurge, nesse contexto, o cariz eudemonista da família, marcado pela busca da felicidade individual, num processo contínuo de emancipação e desenvolvimento/realização da personalidade de seus membros¹⁸³.

A uma concepção funcionalizada de família, segue-se uma concepção despatrimonializada e repersonalizada¹⁸⁴ das suas relações. A despatrimonialização das relações civis encerra uma opção pela superação da patrimonialidade como um fim em si mesma. Isso não significa uma eliminação do conteúdo patrimonial no sistema jurídico – ele é ineliminável. Porém, observa Perlingieri, os institutos patrimoniais do direito privado não são imutáveis: por vezes, podem ser atropelados pela incompatibilidade com os princípios constitucionais; todo o modo, são sempre

¹⁸¹ Ainda segundo o autor italiano, essa concepção não rende tributo a perspectivas libertárias, ou de extremo individualismo. O reconhecimento normativo está acompanhado da afirmação de deveres de solidariedade. A liberdade na família encontra na unidade e nos relativos deveres o fundamento da sua titularidade (cf. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 971-973, 978).

¹⁸² O reconhecimento da união estável como entidade familiar vem a reforçar esse entendimento, pois a sua constituição independe de qualquer tipo de formalidade.

¹⁸³ Cf. DIAS, Maria Benerenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 143-144.

¹⁸⁴ Para Orlando de Carvalho, é oportuna a repersonalização do direito civil, é dizer, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, da sua “ligação visceral com a pessoa e os seus direitos.” Sem essa raiz, o direito civil se torna ininteligível, pois o grosso das suas instituições apela à autonomia da vontade e, principalmente, porque o civilismo é uma noção, que não tem qualquer nexos, ou tem-no justamente por ser o círculo da pessoa (cf. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 90).

inclinados a adequar-se aos novos valores, na passagem de uma civilística dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos interesses existenciais. Atento a essa nova ordem, o direito civil deve reconstruir-se, com uma tutela de situações patrimoniais “qualitativamente diversas”, em que os interesses da personalidade no direito privado sejam reafirmados. Desse modo, “evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados”¹⁸⁵. Com essa inspiração, José Sebastião de Oliveira asseverou que a Constituição brasileira aportou no sistema jurídico nacional as diretrizes mais modernas em tema de família. O Código Civil e as legislações esparsas devem ser vistos e examinados sob os influxos dos vetores constitucionais. O direito de família preocupa-se, atualmente, com a “felicidade nos lares”. O elemento patrimonial fica em segundo plano, e é por isso que as relações de família se podem dizer “repersonalizadas”. “Atomizadas pelo elemento afetividade”, as famílias só dependem dele para garantir “o sucesso de sua felicidade e a manutenção de sua estabilidade.”¹⁸⁶

À vista do exposto, a interpretação de institutos eminentemente patrimoniais, como a sucessão necessária, é alterada. Expõe-se a fragilidade de argumentos baseados na “coesão da família”, mesmo que sob a faceta mais moderna do “dever de solidariedade” entre seus membros – afinal, um dever de solidariedade deve existir em função de algum objetivo; ele próprio deve ser funcionalizado, sob pena de ser apenas outra designação para a mesma noção de proteção institucional da família, por si própria. A sucessão necessária, então, serviria para garantir a certos indivíduos, ligados por vínculos estabelecidos na lei, meios de garantir uma existência digna. Entretanto, o fato de o objetivo ser compatível com os valores inspiradores do ordenamento não tornam os meios empregados pela legislação infraconstitucional imunes a novos exames críticos, sobretudo com a nova inspiração da tendência à despatrimonialização do direito privado.

¹⁸⁵ Cf. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 34.

¹⁸⁶ Cf. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 250-251. Em sentido semelhante, Guilherme da Gama: “A tutela da pessoa humana no campo do Direito de Família induz à conclusão da priorização das situações jurídicas das situações existenciais, especialmente fundamentadas no princípio e valor fundamental da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais.” (*Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 133-134).

Atualmente, alguns setores da literatura brasileira, ainda minoritários, citados pouco mais à frente, começam a questionar se a constrição de metade do patrimônio de uma pessoa é uma medida necessária, em qualquer circunstância, para garantir a dignidade de certos membros da família, considerando-se que a proteção não deve mais ser feita ao sujeito “abstrato”, mas ao sujeito “concreto”, presente no caso dado a análise. É feita a seguinte pergunta: precisa-se dessa restrição à propriedade, para o atingimento desse fim, sejam quais forem os dados concretos do caso (tais como idade, condição socioeconômica dos envolvidos etc.)? Já é possível colher algumas respostas negativas a esta resposta. A reserva legítima abstrata é condizente com a noção institucional de família; a noção instrumental de família não parece mais justificar mais esse tipo de instituto jurídico, e este ponto será explorado. Acontece que isso não é tudo. Até agora, não se colocou a outra face do mesmo problema; apenas teve início o questionamento sobre a restrição à propriedade do virtual sucedendo. Contudo, se há uma responsabilidade indeclinável entre certos membros da família, consistente na oferta de condições materiais mínimas à proteção da sua dignidade, é possível questionar o seguinte: a liberdade de testar pode manter-se, à razão de um meio do patrimônio, mesmo que a legítima restante seja, num caso concreto, insuficiente para o atingimento dos seus objetivos? Em outras palavras: se alguém faz um testamento, deixando uma legítima incapaz de garantir, as necessidades vitais dos herdeiros necessários, seria possível contestar a disposição patrimonial de última vontade?

Para dar a resposta a essas duas perguntas, é mister lançar mais alguns argumentos e refinar o que já foi lançado. Para dar mais ordem à exposição, isso será feito em número próprio.

3.2.1.2 Argumentos contrários à sucessão necessária

Para encerrar a análise da sucessão necessária, serão lançados quatro argumentos. Essa divisão é apenas didática; como será visto, alguns desses argumentos se entrelaçam, de sorte que até podem ser apresentados em conjunto, sem maiores prejuízos. O primeiro deles tem o seu foco na adequação da sucessão necessária a alguns indicadores sociais brasileiros, como a esperança (ou expectativa) de vida. O século XX trouxe grandes alterações em indicadores relevantes para a avaliação desse instituto jurídico – e isso não pode ser olvidado na

análise. Esse argumento será intitulado “demográfico”. Na sequência, são repassadas algumas soluções jurídicas, alternativas à sucessão necessária, cujo objetivo também está ligado à proteção de certas pessoas contra o desaparecimento de outras: seguridade social e seguros de vida. Esse será chamado argumento “previdenciário”¹⁸⁷. O terceiro argumento trata da tendência, observável no direito brasileiro, de evitar constranger o patrimônio, seja público, seja privado, de uma pessoa, para fins de manutenção da existência de outra. Parte-se da premissa de que, a partir do momento em que reunir condições bastantes, cada um deve manter-se às suas próprias custas. Serão apontados os casos dos alimentos transitórios, no direito de família, e das recentes alterações no benefício da pensão por morte. O intento é transpor essa ideia subjacente a ambos os casos para o direito hereditário. Será o argumento “da autonomia”. Em quarto lugar, será lançada uma crítica ao critério utilizado no deferimento da herança necessária, o qual não leva em consideração as condições concretas das pessoas envolvidas, tomando uma noção de sujeito absolutamente abstrata, a qual ignora suas necessidades reais. Esse será chamado o argumento “da neutralidade do critério”. No fim, será lançada a proposta para a solução do problema da sucessão necessária.

Sobre o argumento “demográfico”, é necessário chamar a atenção para o fato de a população brasileira ter passado de uma sociedade eminentemente rural para predominantemente urbana, o que alterou radicalmente a sua estrutura, em apenas um século. De 1940 (primeira medição da taxa de urbanização) a 2010, a taxa de urbanização brasileira cresceu de 31,24% para 84,36%¹⁸⁸. Se, antes, todos os membros da maior parte das famílias eram dedicados ao cultivo e à manutenção das terras agricultáveis, hoje a sociedade é marcadamente urbana, obedecendo à divisão social do trabalho peculiar a esse modo de vida; não há, como regra, grande ligação entre as atividades profissionais dos membros da família, pelo menos nas atividades de onde provêm o sustento do lar. Assim, a tendência é que os filhos não contribuam com seu trabalho para a manutenção da casa e, quando comecem a ganhar dinheiro com o seu trabalho, busquem sair da casa dos pais, uma das causas importantes do aumento significativo do número de domicílios

¹⁸⁷ Esses dois argumentos iniciais já foram abordados na literatura brasileira (cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47 ss.).

¹⁸⁸ Cf. <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP122>. Acesso em 19/03/2015.

unipessoais¹⁸⁹. Além disso, com a divisão moderna do trabalho social, há muito mais possibilidades de as pessoas proverem seu sustento, sem necessidade de recorrer, indeterminadamente, ao patrimônio dos seus parentes¹⁹⁰. Esse aumento da taxa de urbanização, associado aos aumentos de ocupação nas atividades não agrícolas e de migração interna, promoveram um aumento gradativo da renda do trabalhador assalariado, se comparada à renda do trabalhador rural – tudo isso num contexto de aumento do número de mulheres no mercado de trabalho e de redução do tamanho das proles¹⁹¹. Esse conjunto de fatores demonstra que a imagem da família, na qual o homem é o provedor do lar, auxiliado pela mulher, dedicada aos afazeres domésticos, e pelos filhos, gratos pelos cuidados dispensados, não guarda mais qualquer relação com a realidade social brasileira.

Ainda sob a rubrica do argumento demográfico, deve chamar-se a atenção para o incrível aumento da esperança ou expectativa de vida do brasileiro nas últimas décadas. Atualmente, a expectativa de vida no Brasil é de 74,9 anos, para ambos os sexos¹⁹². Projeções admitidas pelo IBGE dão conta de que, do ano 1900 para o ano 2000, a expectativa de vida do brasileiro tenha partido de 33,4 anos para 64,8 anos¹⁹³. Como a ordem de vocação hereditária chama os descendentes em primeiro lugar, isso dá mostras de que o perfil do descendente herdeiro brasileiro alterou-se de 1900 para cá. Se, no início do século próximo passado, o descendente herdava, em média, ainda criança ou adolescente, a tendência é a de que ele, hoje em dia, seja chamado a herdar já na vida adulta, com três, quatro, cinco décadas de

¹⁸⁹ O aumento do número de domicílios unipessoais, no período entre os censos de 2000 e de 2010, pode ser conferido em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/familias_e_domicilios/default_familias_e_domicilios.shtm. Acesso em 19/03/2015. É bem verdade que há um número considerável de filhos, hoje em dia, que demoram a sair da casa dos seus pais, bem como há aqueles que saem e retornam, por várias razões (divórcio, problemas financeiros etc.). Todavia, sobretudo no primeiro grupo de casos, essa permanência tem-se dado, mais das vezes, porque esses filhos aproveitam as comodidades da casa dos pais, a fim de atingirem um grau maior de instrução, que permita uma colocação melhor no mercado de trabalho.

¹⁹⁰ Nesse sentido, cf. CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. 3. reimp. Lisboa: Almedina, 2005. p. 466-467, em observações perfeitamente aplicáveis à realidade brasileira.

¹⁹¹ Cf. CARBONERA, Silvana Maria. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44-45.

¹⁹² Com base na tábua completa de mortalidade de 2013, apresentada pelo IBGE (cf. ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2013/note_tecnicas.pdf). Acesso em 16/03/2015. É extremamente relevante observar que, em relação ao número de 2012, tenha havido um aumento de 3 meses e 25 dias.

¹⁹³ Cf. <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/29092003estatisticasecxxhtml.shtm>. Acesso em 19/03/2015.

idade, quando já deveria estar com a sua vida patrimonial resolvida e encaminhada por conta própria, sem mais poder contar, desde que tenha condições mínimas para trabalhar, com direito a alimentos. Se não tem mais direito a alimentos, se é obrigado a dar conta da sua própria manutenção, por que razão teria direito a metade do patrimônio de um parente seu, que pode vir a falecer (muito) idoso?¹⁹⁴

O argumento “previdenciário” decorre dos benefícios previdenciários, cuja função coincide com a sucessão necessária, e com contratos de seguro de vida. Vale ressaltar, desde logo, que a previdência é um segmento da seguridade social, que se ocupa dos trabalhadores e dos seus dependentes econômicos. A previdência intenta afastar as dificuldades sociais decorrentes de fatores, que diminuem ou eliminam a capacidade de sustentar-se do trabalhador ou de seus dependentes¹⁹⁵. Os dependentes indicados na lei, em grande medida, são os mesmos apontados como herdeiros necessários pelo direito hereditário (cf. nota anterior). Portanto, em vista do benefício previdenciário, caso seja beneficiário, o herdeiro necessário ainda contaria com a legítima, a qual poderá dar-lhe muito mais do que o necessário a uma existência digna. Uma vez mais, põe-se a questão de a sucessão necessária limitar, injustificadamente, a liberdade de disposição do proprietário. Algo semelhante pode ser dito sobre o desenvolvimento dos contratos de seguro, aqui,

¹⁹⁴ Em rebate a esse argumento, Ana Nevares pondera: “Não se pode generalizar a idade dos sucessores. Neste aspecto, o quadro é infinitamente variável, até pela possibilidade do direito de representação. Além disso, a tutela da pessoa independe da sua idade.” (*A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 53). Essa opinião, por seu turno, merece críticas. Em primeiro lugar, é claro que a idade não é determinante, mas é claro indício de momentos da vida de uma pessoa, ao longo dos quais a lei presume sua dependência – e por quanto tempo, como é o caso do novo regime da pensão por morte, abordado, de passagem, pouco mais à frente. Por exemplo, o poder familiar cessa, de ordinário, com a maioridade dos filhos. Com isso, não há mais o dever genérico de sustento. A partir desse momento, os pais até poderão ser demandados por alimentos (na forma do art. 1694 ss., do Código Civil), mas esse direito conta com requisitos específicos para sua concessão e só deve ser deferido quando esses requisitos estiverem presentes. Sobre a possibilidade do direito de representação, a crítica é ainda menos determinante. Se alguém herda por direito de representação, algum parente seu, *de quem já deve ter herdado*, é pré-morto, o que já torna a sua necessidade de herdar menos plausível. Que a tutela da pessoa independa da sua idade, em termos absolutos, é certo; mas também é certo que ela deva depender de outras circunstâncias – um ponto a desdobrar no argumento da neutralidade do critério.

¹⁹⁵ A lista dos dependentes é trazida pelo art. 16, da Lei 8213: “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente”. O quarto parágrafo desse dispositivo informa que a dependência econômica das pessoas enquadradas no inc. I é presumida; a dependência das demais deve ser comprovada.

especificamente, do seguro de vida, para completar o argumento “previdenciário”.

O argumento “da autonomia” pode ser resumido a uma noção relativamente simples: cada um é o principal obrigado pela sua manutenção, com recursos oriundos do seu trabalho ou com os frutos do seu patrimônio; apenas de maneira excepcional, por alguma razão jurídica, física ou mental, que impossibilite a reunião de recursos bastantes para dar conta da própria subsistência, alguém poderá recorrer a outras pessoas, ou aos cofres públicos. Alimentar quem não necessita “é incentivar o ócio, o parasitismo, o que contraria preceitos éticos e morais, bem como o ordenamento jurídico vigente, já que caracteriza um desrespeito à dignidade dos sujeitos envolvidos.”¹⁹⁶ A utilização do regime dos alimentos é bastante propícia, porque envolve obrigações decorrentes do parentesco, do casamento e da união estável, ou seja, as mesmas relações subjacentes à sucessão necessária. Além disso, a justificativa para a sucessão necessária envolve, exatamente, a satisfação de necessidades idênticas às da obrigação alimentar. Portanto, que alguém receba, por lei, mais do que o necessário para manter-se, ou que receba algo quando, razoavelmente, não precise mais disso, é incompatível com o conjunto de valores trazidos pela Constituição Federal. A dignidade dos envolvidos é miseravelmente atacada, tanto por parte de quem é obrigado a sofrer graves limitações em seu patrimônio, a fim de custear a existência de outrem, como para quem recebe, pois o desenvolvimento da sua personalidade não será o ideal, já que a própria noção de pessoa, que o ordenamento jurídico absorve, contém/impõe uma autonomia mínima para evitar essa situação.

Cada vez mais, no direito brasileiro, solidifica-se a noção de que cada pessoa é a principal responsável pelo seu sustento – e de que o recurso ao patrimônio privado alheio, ou ao patrimônio público, para a satisfação das próprias necessidades, só deve ocorrer em situações excepcionais. Nesse sentido, viu-se surgir e consolidar-se a tese dos alimentos transitórios no direito de família, de acordo com a qual os alimentos devidos entre ex-cônjuges e ex-companheiros somente devem ser pagos até ao instante em que o alimentário reúna, presumidamente, condições de sustentar-se com o próprio trabalho, o que quebrou a velha ideia de pagamento de pensão alimentícia, nesses casos, por tempo

¹⁹⁶ Cf. ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 388.

indeterminado¹⁹⁷. Na esfera previdenciária, alterações bastante recentes no benefício da pensão por morte dão testemunho cabal dessa tendência. Pela polêmica Medida Provisória nº 664/14, convertida na Lei nº 13135/2015, algumas mudanças no regime do benefício vieram a dificultar a sua concessão, ou, pelo menos, a diminuir o período pelo qual é devido. Como exemplo, passou a haver tempo de carência, tanto no tempo de contribuição (dezoito meses), quanto no período de união estável ou casamento (dois anos), algo inexistente no regime anterior. Outro ponto central está ligado à duração do benefício. Se, antes, era vitalício para cônjuges ou companheiros, agora só é vitalício para os maiores de quarenta e quatro anos; para os mais jovens, a duração varia de três (para quem tem até vinte e um anos) a vinte anos (para quem tem entre quarenta e um e quarenta e três anos). Isso apenas reforça o argumento “da autonomia”. Se essa tendência tem-se manifestado em tantas frentes, é inadmissível que ela não se deva aplicar ao direito hereditário – especialmente em relação à herança necessária.

O argumento da “neutralidade do critério” esteve plasmado em alguns outros pontos, foi possível perceber. É a mais importante crítica contra a sucessão necessária, nos moldes havidos no direito brasileiro. A reserva patrimonial imposta à pessoa que conta com herdeiros necessários faz uma grande abstração: não considera as condições concretas das pessoas; ao ignorar os fatos da causa, impossibilita qualquer averiguação sobre se há algum dos objetivos do instituto a

¹⁹⁷ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vale conferir, mais recentemente, o julgado da seguinte ementa: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS DEVIDOS ENTRE EX-COMPANHEIROS. 1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão do recorrente. 2. Entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, desfeitos os laços afetivos e familiares, a obrigação de pagar alimentos é excepcional, de modo que, quando devidos, ostentam, ordinariamente, caráter assistencial e transitório, persistindo apenas pelo prazo necessário e suficiente ao soerguimento do alimentado, com sua reinserção no mercado de trabalho ou, de outra forma, com seu autossustento e autonomia financeira. 3. As exceções a esse entendimento se verificam, por exemplo, nas hipóteses em que o ex-parceiro alimentado não dispõe de reais condições de reinserção no mercado de trabalho e, de resto, de readquirir sua autonomia financeira. É o caso de vínculo conjugal desfeito quando um dos cônjuges ou companheiros encontra-se em idade já avançada e, na prática, não empregável, ou com problemas graves de saúde, situações não presentes nos autos. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte. 4. Os alimentos transitórios - que não se confundem com os alimentos provisórios - têm por objetivo estabelecer um marco final para que o alimentando não permaneça em eterno estado de dependência do ex-cônjuge ou ex-companheiro, isso quando lhe é possível assumir sua própria vida de modo autônomo. 5. Recurso especial provido em parte. Fixação de alimentos transitórios em quatro salários mínimos por dois anos a contar da publicação deste acórdão, ficando afastada a multa aplicada com base no art. 538 do CPC. (REsp 1454263/CE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 08/05/2015).

cumprir. O direito hereditário do Código Civil tem inspiração ambivalente, como percebeu Vincenzo Scalisi, em constatações absolutamente válidas para o direito brasileiro: na sucessão voluntária, é marcada por traços profundamente individualistas, ao passo que, na legal, ficam bem marcados os valores comunitários, ou, mais propriamente, familiares, a respeito da ordem de vocação hereditária. O sujeito de direito, enquanto pessoa, na sua dimensão histórica e real, com suas necessidades, suas exigências e suas pretensões, é ignorado pelo conteúdo normativo. A propósito da ordem de vocação sucessória, o relevo da comunidade familiar não se dá em razão da pessoa do chamado a herdar, mas de um critério previamente escolhido, exclusivamente pela pertença à família; não há, portanto, um objetivo de promoção humana concreta. Com essa constituição, o direito hereditário põe-se em atraso; não dá conta das especificidades das relações sociais, nem do ordenamento jurídico, tomado na sua totalidade¹⁹⁸. Pelo exposto, há quem critique os critérios da sucessão necessária por dois motivos básicos: (1) a reserva não leva em consideração o número de herdeiros necessários, pois é invariável; (2) a reserva é alheia à situação concreta dos herdeiros (idade, condição socioeconômica, grau de dependência econômica do sucedendo). A partir de algumas opiniões, colhidas na literatura, será feita uma abordagem desses pontos.

Pontes de Miranda manifestou sua simpatia à legítima crescente, proporcional ao número de herdeiros do hereditando, apesar de chamar a atenção para os inconvenientes que podem decorrer de divisões mais fracionadas¹⁹⁹. O propósito da ideia é louvável: não se deveria limitar tanto o direito à propriedade de quem não tem tantos herdeiros necessários, estabelecendo-se uma proporção entre a limitação e a quantidade de herdeiros. O meio empregado, entretanto, é passível de críticas. Apesar de representar uma diferenciação ao modelo atual, mais uma vez, não se tomam em linha de conta as reais necessidades do hereditando e dos herdeiros. Se uma pessoa tem, como herdeiros necessários, dez filhos é muito provável que vá deixar mais pessoas economicamente dependentes de si do que

¹⁹⁸ Ainda segundo Scalisi, a sociedade pós-industrial tem-se tornado cada vez mais fragmentada e diferenciada nas esferas individuais e grupais, de modo que qualquer síntese unitária dos interesses emergentes tem legitimação e representatividades tolhidas, à medida que não dê realce à multiplicidade estrutural e à variedade funcional desses interesses (cf. *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto. Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 43, n.2, jun., 1989. p. 409-411).

¹⁹⁹ Cf. *Tratado de direito privado*. v. 55. 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972 (reimpressão da Editora Revista dos Tribunais). p. 216.

quem morre deixando um filho na mesma condição de herdeiro necessário. Mas isso é um evento apenas provável; pode ser que as necessidades do filho único de um hereditando sejam maiores que as necessidades dos dez filhos do outro. Aliás, pode ocorrer, mesmo, de estes dez filhos precisarem de nada do patrimônio deixado pelo *de cuius* para uma existência digna. O número de herdeiros, portanto, não deveria, sob essa perspectiva, ser tomado como fator de *discrímen*, posto atenda a um reclamo mais justo que a neutralidade completa. Esta neutralidade, a propósito, continuaria como o grande problema da opinião de Flávio Tartuce, para quem a legítima poderia ser reduzida a vinte e cinco por cento do patrimônio do falecido, pois ela deve assegurar apenas o mínimo existencial ou o patrimônio mínimo da pessoa humana, sem incentivar o “*ócio exagerado dos herdeiros*”²⁰⁰. Outra vez, pode ocorrer que $\frac{1}{4}$ da herança seja mais do que o suficiente para os herdeiros – caso eles precisem de algo. Ou poderá ser bem menos do que o necessário – a outra face do problema.

Em relação à situação concreta dos herdeiros, há um interessante caso no direito brasileiro recente. A Lei nº 10050/00 trouxe um dispositivo, que promoveu uma alteração no Código Civil (de 1916), ao incluir o parágrafo 3º no art. 1611. A norma, à qual se chegava a partir desse dispositivo, conferia ao filho órfão, desde que deficiente físico e incapaz de trabalhar, o direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único dessa natureza a inventariar²⁰¹. Ana Nevares observou que essa era uma das poucas exceções ao princípio da unidade da sucessão, pois a transmissão é efetuada conforme à natureza do bem e às qualidades pessoais do herdeiro. Ainda segundo a professora citada, a inovação da lei foi salutar, mas, com a promulgação do Código Civil atual, que revogou o anterior, houve a sua extinção²⁰².

Ao contrário do que ocorre com a proposta de uma legítima proporcional ao número de herdeiros, uma qualidade pessoal do herdeiro é posta como critério.

²⁰⁰ Cf. *Direito Civil*. v. 6. 8. ed. São Paulo: Método, 2015. nº 1.6 (Versão digital)

²⁰¹ “Art. 1.611 – À falta de descendentes ou ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (...) § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. § 3º Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho.”

²⁰² Cf. Fundamentos da sucessão legítima. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coors.) *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2008. p. 670-672.

Ainda assim, a ideia é problemática, sob certo aspecto. De uma maneira geral, não se pode pôr em dúvida que uma pessoa deficiente e sem condições de trabalhar será, economicamente, dependente de outrem. Porém, nessa hipótese, estar-se-ia numa sucessão hereditária, ao cabo da qual os herdeiros receberão seu quinhão. Com este quinhão, cada herdeiro poderá acumular um patrimônio grande o suficiente para manter-se, sem a necessidade de recorrer ao patrimônio alheio. Aliás, nem se deve descartar a possibilidade de, antes mesmo da sucessão, um deficiente, incapacitado para o trabalho, reunir isso antes de receber sua herança – e nem seria absurda, de todo, a hipótese de o deficiente já ser mais abastado que os demais herdeiros. Com estas considerações, é de concluir-se, ainda outra vez, que o intento da alteração legislativa é nobre, mas a via eleita não foi tão adequada. Seria um ônus injustificado para os demais herdeiros o direito real de habitação ao herdeiro deficiente, quando este não tem necessidade de ter esse direito para si. O Projeto de Lei nº 699/11 traz a proposta de inclusão de um parágrafo único ao art. 1835, do Código Civil, de teor semelhante ao revogado parágrafo 3º, do art. 1611, com uma diferença fundamental: o herdeiro deficiente e incapaz de laborar *terá-de comprovar a necessidade da concessão do direito real de habitação do bem e só ficará com ele enquanto durar a situação especial, que justificou a concessão*²⁰³. A complementação dessa previsão está atenta às especificidades dos envolvidos na sucessão, melhorando a previsão conhecida, por tão pouco tempo, no Código Civil revogado.

Uma inovação desse jaez seria interessante e traria um cunho mais justo na divisão da herança, decerto. Novamente, a lição de Scalisi vem a calhar, quando ele afirma que a unidade do sujeito, dada pela garantia de uma colocação formalista e atemporal da pessoa, promove uma concepção abstrata e niveladora dos indivíduos. Mas a afirmação de uma concepção real e histórica da pessoa, fundada na ineliminável variedade de suas aspirações, qualidades econômicas e posições sociais, demanda um estatuto normativo diferenciado e diversificado da pessoa, como condição imprescindível para conseguir o objetivo de efetiva igualdade substancial entre os sujeitos. O direito privado, prossegue Scalisi, para recobrar sua vitalidade e sua coerência na área hereditária, precisa de uma estrutura normativa

²⁰³ “Art. 1835 (...) Parágrafo Único. Se não houver pai ou mãe, o filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho, e desde que prove a necessidade disto, terá, ainda, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar, enquanto permanecer na situação que justificou esse benefício”

capaz de exaltar os valores da pessoa humana, com uma destinação dos bens em função da alteração da titularidade e de uma utilidade social, com a instauração de uma tutela mais efetiva das pessoas economicamente mais frágeis. Impõe-se uma transmissão de bens que esteja a serviço da dignidade, da proteção e da solidariedade humanas²⁰⁴.

Não se pode negar a correção da lição de Scalisi, pelo menos no que diz respeito à necessidade de uma normação capaz de dar conta do desiderato de realizar todos os valores inspiradores do ordenamento jurídico. Todavia, como se viu, muitas tentativas de fazer isso por intermédio de um direito diferenciado à herança necessária, dadas certas características dos bens e das pessoas envolvidas, sempre estão sujeitas a empregar meios inadequados ou insuficientes, e uma neutralidade completa do critério para o chamamento à sucessão padece do mesmo mal. Não causa surpresa, portanto, a existência de opiniões doutrinárias refratárias à sucessão necessária; a análise crítica de algumas delas ajudará na tomada de decisão sobre esse ponto.

Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho admitem dúvidas sinceras a respeito da eficácia social e de justiça da herança necessária, a qual, mais das vezes, acaba por incentivar “intermináveis contendas judiciais”, quando não chega a gerar a indolência de parentes e a cizânia entre estes, além de limitar o direito constitucional à propriedade. Os autores sugerem a preservação da legítima apenas para os menores e os incapazes; a única justificativa razoável, fora isso, é algum vínculo afetivo entre o sucedendo e seus herdeiros e legatários – do que se ocupa a sucessão voluntária²⁰⁵. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves manifestam opinião semelhante, indo mais além na fundamentação e nas conclusões. Para eles, a sucessão necessária seria defensável apenas para os menores e para os incapazes, em razão da proteção integral e especial. Se houver apenas herdeiros maiores e capazes, não haveria razão bastante a favor dessa restrição ao direito à propriedade (seria uma “verdadeira violência” à liberdade do testador); o ofício do pai impõe-se em razão do exercício do poder familiar e será nenhum, se os descendentes forem

²⁰⁴ Cf. *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto. Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 43, n.2, jun., 1989. p. 411-413.

²⁰⁵ De todo o modo, eles reconhecem a existência da reserva e que ela deve ser aplicada (cf. *Novo curso de direito civil*. v. 7. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 192-193).

absolutamente capazes²⁰⁶. O proprietário sofreria, neste caso, uma “interdição parcial”. A conclusão dos autores é a seguinte: o magistrado pode, casuisticamente, manter a manifestação de vontade do sucedendo, mesmo quando ele dispuser de mais da metade do patrimônio, havendo herdeiros legítimos; utilizam-se, para tanto, da noção de derrotabilidade das regras, apoiados em Thomas de Bustamente, a fim de explicar que a norma, segundo a qual metade da herança pertence, de pleno direito, aos herdeiros necessários, contém, implicitamente, algumas condições para sua aplicação, fora das quais ela não deve incidir – e que essas condições, no caso sob análise, diriam respeito à incapacidade dos herdeiros²⁰⁷. Embora os dois autores não sejam explícitos a esse respeito, aparentemente, eles sustentam a inconstitucionalidade parcial da norma da reserva necessária – e o magistrado faria, no caso concreto, uma interpretação conforme à Constituição, a fim de afastar os efeitos da norma, incompatíveis com a Constituição, do caso concreto²⁰⁸.

Expendidos os argumentos contrários à herança necessária, é o momento de responder às indagações de fundo sobre o tema.

3.2.1.3 Balanço crítico. Contra a herança necessária e contra a irresponsável liberdade de testar: entre o respeito à propriedade e a vedação à proteção insuficiente dos familiares

Antes de entrar no mérito a respeito dessas críticas, vale notar a existência de um ponto comum, muito importante, a todas: a resistência a admitir que uma obrigação oriunda de uma relação de família impacte sobre a propriedade de um dos envolvidos e tenha consequências normativas no direito hereditário. Isso deveria ocorrer apenas num conjunto restrito de situações, o que conduz aos

²⁰⁶ Em sentido semelhante, Diogo Leite de Campos afirma: “A filiação, hoje, pode e deve valer educação, no duplo sentido moral e material do termo. Mas é muito duvidoso que ainda deva valer herança. Propendo, assim, no sentido da plena liberdade de testar do titular dos bens. De modo que esta pessoa possa considerar livremente o peso das relações que tem com cada um dos membros da sua família. Liberdade que só deve ser temperada com situações de extrema necessidade dos parentes próximos.” (*Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. 3. reimp. Lisboa: Almedina, 2005. p. 467).

²⁰⁷ Cf. *Curso de direito civil*. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29-31, 315-316. A questão não comporta maiores desdobramentos neste espaço, mas convém esclarecer que, com as noções e terminologias utilizadas neste trabalho, o que os autores citados chamam de um caso de derrotabilidade das normas, seria, aqui, considerado uma cláusula implícita de exceção à regra da reserva de metade da herança aos herdeiros necessários.

²⁰⁸ Sobre a interpretação conforme à Constituição no sistema concentrado de constitucionalidade, cf. LAURENTIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros: 2012. p. 147 ss.

seguintes questionamentos: as obrigações decorrentes de vínculos familiares devem ser garantidas por direitos hereditários necessários? Essa forma de proteger os familiares é a mais adequada, ou haveria uma alternativa melhor, dentro do ordenamento jurídico, para a proteção das pessoas dos herdeiros? Quando se reinterpreta o instituto da sucessão necessária à luz da concepção instrumental da família, aliada ao argumento da neutralidade do critério, vê-se que há uma ligação entre o direito de família e o direito hereditário, que já não tem mais grandes suportes. Uma obrigação familiar, que se possa reverter em pecúnia, não deveria dar ensejo a um direito hereditário, cujo beneficiário seja o familiar supérstite; ela deveria ser resolvida sem esse recurso. Deveria encerrar um crédito a favor do credor dessa obrigação – para tanto, não há qualquer necessidade indeclinável de constituir um direito hereditário necessário. Bastaria a admissão de um crédito, cujo montante viesse a ser estipulado de acordo com os critérios legais, para atender às necessidades dos familiares, que o *de cuius* tivesse obrigação de satisfazer. Esta solução estaria perfeitamente compatível com todas as críticas realizadas, baseadas na concepção instrumental de família e no argumento da neutralidade do critério.

A partir dessa reinterpretação, e com o repasse do histórico e do instituto da herança necessária, é até possível compreender por que razão foi feita, tradicionalmente, a relação entre a manutenção da família e o direito hereditário. A antiga ideia de compropriedade familiar deitou profundas raízes no pensamento posterior sobre o direito hereditário. Com a influência exercida por ela, sempre pareceu natural que o patrimônio de algum falecido fosse devolvido, ainda que parcialmente, a seus familiares mais próximos, mesmo contra a vontade do hereditando. O desenvolvimento de uma concepção institucional de família, como o centro de imputação de todos os direitos ligados à matéria, nunca exigiu, teoricamente, uma ruptura com a ideia de compropriedade familiar: se a família era encarada como uma unidade de produção e de reprodução do patrimônio, imprescindível à manutenção do “organismo” familiar, chega mesmo a ser conveniente pensar que os familiares mais próximos seriam herdeiros do que já lhes tocava. Deste modo, o desligamento entre o direito de família e o direito hereditário, o qual deveria ocorrer naturalmente, com a individualização da propriedade – e ocorreu, em larga medida, em países como Estados Unidos e Inglaterra, – restou mitigado em alguns ordenamentos jurídicos – e a sucessão necessária foi a exata representação dessa mitigação. Enfim, pelo exposto, não há mais razões para uma

defesa da herança necessária, ao menos se houver outro meio de garantir os direitos decorrentes das obrigações familiares do morto: uma consequência da separação entre o direito de família e o direito hereditário, em virtude da consagração do regime da propriedade individual.

Algumas críticas, especificamente dirigidas ao direito hereditário necessário do cônjuge sobrevivente, inclusive ao concorrer com descendentes e ascendentes do morto, corroboram alguns posicionamentos havidos neste trabalho. Ao comentar as disposições do direito lusitano, Diogo Leite de Campos defende que a posição sucessória do cônjuge é contraditória com alguns interesses familiares, socialmente relevantes, bem como com o regime de bens da comunhão dos adquiridos, regime que substituiu o da comunhão geral de bens no direito português – à semelhança do que ocorreu no direito brasileiro, a partir da Lei 6515/77. A alteração do regime de bens indicaria um certo afrouxamento dos laços pessoais entre os cônjuges, ou, pelo menos, de que isso ocorria em número significativo de relacionamentos; a mudança tinha duas metas: (1) evitar que o casamento se transformasse em meio de adquirir; (2) impedir que os bens mudem de linhagem. Ainda segundo ele, a manutenção daquele regime legal de bens dá a nota de que a “espessura do tecido familiar do núcleo conjugal” reduziu-se, o que é contrariado pela constituição de um direito hereditário necessário ao cônjuge. Este direito hereditário necessário estaria ligado a uma concepção de “casamento-negócio”, com o qual a morte é causa de aquisição patrimonial; entretanto, a desinstitucionalização do casamento deveria levar, ao revés, ao afrouxamento dos laços jurídicos entre os cônjuges, através da redução (ou supressão) dos bens comuns e dos direitos sucessórios imperativos. O casamento deve valer “o que valerem os cônjuges”; não há, portanto, motivos para valer uma herança. Conclui:

Transformar um cônjuge em herdeiro forçado do outro seria, ao arrepio das tendências que temos vindo a descrever e da lógica, acentuar ainda mais a comunhão patrimonial perante um casamento cada vez mais flexível e cada vez mais temporário.²⁰⁹

²⁰⁹ Cf. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. 3. reimp. Lisboa: Almedina, 2005. p. 604-606. Na doutrina brasileira, é destacável a opinião, em sentido semelhante, de Euclides de Oliveira. Para ele, essa contemplação do companheiro, no que tange à sua inclusão no rol dos herdeiros necessários, é injustificável, pois limita a liberdade de constituição das relações familiares e atrapalha o planejamento sucessório dos cônjuges, os quais podem querer afastar o seu consorte da sucessão, sobretudo quando há filhos de outros relacionamentos. Se há concorrência de esforços para aquisição de patrimônio, que os nubentes optem por regimes de comunhão de bens; se a opção for pela separação de bens, eles não devem querer qualquer direito hereditário recíproco – e isso não

Com efeito, o casamento passou por alterações radicais, que o adequaram a uma concepção instrumental de família. O regime supletivo, comunhão parcial de bens, indica a opção do ordenamento jurídico de evitar a comunhão de bens adquiridos antes da relação matrimonial. O divórcio, cada vez mais facilitado pelo ordenamento jurídico, dá mostras irrecusáveis de que o matrimônio não representa uma instituição a ser suportada contra a vontade dos cônjuges. Tudo isso, aliado ao argumento da autonomia, leva à conclusão de que cada cônjuge deve independer, tanto quanto possível, de recorrer ao patrimônio do outro após a ruptura do vínculo matrimonial – a tese dos alimentos transitórios é o testemunho perfeito e acabado dessa tendência. À vista desses elementos, indaga-se: por que razão um cônjuge deve ter direito necessário e definitivo a uma parcela da herança do outro, quando se dá a morte deste, mas tem apenas um direito temporário (e se for comprovada a necessidade), salvo ocasiões excepcionais, a alimentos, caso a ruptura do vínculo matrimonial se dê pelo divórcio?

Por todos os motivos expostos e pela própria forma de condução da matéria, a posição defendida já ficou entrevistada. Toda e qualquer justificativa para a herança necessária, numa concepção instrumental de família, cuja proteção deve recair na pessoa dos seus membros – e não na família, por si própria, – não pode ir além, para ser coerente, do necessário à existência digna de uma pessoa. Mas, se houver uma forma alternativa de realizar isso, tudo isso, e exatamente isso, evitando-se o resvalo da situação para o direito hereditário, será mais compatível com a ordem de valores estabelecida pela Constituição federal, pois, como dito, a reserva necessária interfere no direito à propriedade, em montante, que pode superar as necessidades dos herdeiros – se houver alguma necessidade, vale dizer. Na outra face da mesma questão, nada garante que metade do patrimônio seja o necessário para cumprir os deveres de uma pessoa, diante de outras, pelas quais é responsável. Desse modo, percebe-se a incompatibilidade da sucessão necessária com a Constituição federal; sua formatação não atende aos valores constitucionais, pelo menos não na medida ótima – uma exigência dos direitos envolvidos, já que fundamentais.

Destarte, se toda a proteção que um familiar pode exigir do outro limita-se

lhes deveria ser imposto “pela couraça de herdeiro necessário” (cf. *Direito de herança: a nova ordem de sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 55, 92-93).

ao necessário para seu desenvolvimento digno, tudo deve encerrar-se no âmbito do direito de família, especialmente na matéria alimentar, seja em decorrência do dever de sustento, seja em decorrência de obrigação alimentar. Em relação aos deveres dos pais, diante dos filhos, a diferença entre o dever de sustento e a obrigação alimentar é feita da seguinte forma: o dever de sustento resulta do próprio poder familiar, consubstanciado na obrigação de sustentar a prole, na constância do poder referido (art. 1566, inc. IV, do Código Civil); a obrigação alimentar, de caráter mais geral, está situada fora do poder familiar e é ligada à relação de parentesco em linha reta, regida pelas normas do direito aos alimentos (arts. 1694 ss., do Código Civil)²¹⁰. Nesse sentido, todo o direito que o filho deve ter sobre o patrimônio de seu pai deve decorrer das regras já estabelecidas para essa matéria – e não compor qualquer tipo de direito hereditário necessário. Com efeito, quando se analisa a questão, considerados todos os argumentos expendidos aqui, resta ilógico e incoerente, por exemplo, que um filho, para quem não haja mais um dever de sustento, nem direito a alimentos, deva ter direito a uma quota do patrimônio dos seus pais, caso estes faleçam. Se não tem direito, enquanto vivos os seus pais, por que razão deverá ter algum direito necessário, caso eles venham a falecer? Se a proteção à família recai na pessoa de cada um dos seus membros, o que justificaria essa restrição à propriedade dos pais, se, à pessoa do seu filho, não é franqueada qualquer proteção semelhante, de cunho patrimonial, enquanto esses proprietários estão vivos? Feitas todas essas considerações, nenhum argumento pode mais justificar esse direito hereditário necessário, pelo menos sem fazer um recurso à noção institucional de família, a qual demandaria (pelo menos) uma fatia de patrimônio de cada um dos seus membros mortos, mesmo sem haver necessidade real e concreta dos demais – podendo-se notar, nisto, uma influência inequívoca da velha noção de compropriedade familiar. Em relação aos outros herdeiros necessários, feitas as devidas acomodações, valem as mesmas ideias, tanto para os ascendentes, quanto para os cônjuges.

Algumas dificuldades da solução apresentada precisam de ser enfrentadas. Em primeiro lugar, há fundamento legal para a transmissão dessa obrigação? Se sim, quais obrigações dessa natureza devem ser suportadas pela herança de quem morre? Para a primeira pergunta, o art. 1700, do Código Civil, para

²¹⁰ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 330-331.

parece trazer uma resposta simples, ao determinar que a obrigação de prestar alimentos é transmitida aos herdeiros do credor, na forma do art. 1694²¹¹. Um problema surge dessa primeira resposta: os herdeiros legítimos e testamentários responderão, ilimitadamente, pelos débitos alimentares do sucedendo? Uma interpretação literal do art. 1700 poderia conduzir a uma resposta afirmativa. Contudo, essa resposta representaria um absurdo completo, consistente na introdução de uma responsabilidade alimentar decorrente de uma relação sucessória; além disso, quebraria a sistemática do direito hereditário, a propósito do benefício de inventário. Assim, a responsabilidade dos herdeiros pelos alimentos devidos pelo sucedendo atinge apenas as forças da herança²¹²; naturalmente, não haverá necessidade de venda de todos os bens deixados pelo *de cuius*, pois a herança pode, perfeitamente, ser posta para gerar frutos, capazes de responder pelos alimentos devidos, até que os herdeiros possam receber os seus bens totalmente livres desse encargo. Poderia colocar-se o problema de os alimentos devidos demandarem toda a herança: nesse caso, os herdeiros nada receberiam, nem ficariam responsáveis pelo restante²¹³.

²¹¹ “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

²¹² Cf. CHAGAS, Márcia Correia. Alimentos. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 582. Silmara Chinelato opina no mesmo sentido. Para ela, o cumprimento da obrigação alimentar pode ser considerado um encargo, de tal sorte que a situação estaria enquadrada no art. 1792, no qual se enuncia que o herdeiro não responde por encargos superiores à força da herança. Ela ainda observa que o devedor que não quiser assumir esse encargo pode perfeitamente renunciar ao quinhão hereditário a si destinado (cf. *Comentários ao Código Civil*. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 481-482).

²¹³ Para Sérgio Gischkow Pereira, isso deveria acontecer, porque o direito aos alimentos deve prevalecer sobre o direito sucessório: “Por que idolatrar o direito sucessório, ainda mais em detrimento de um valor maior? Os alimentos estão relacionados ao máximo de moralidade, pois dizem com a manutenção da vida e com nível digno de vida. A herança, diversamente, muitas vezes se reveste de duvidosa moralidade, dado que importa em torcer pela morte de outrem, além do que o herdeiro não fez por merecê-la: quem quiser dinheiro, que trabalhe para obtê-lo.” (A transmissão da obrigação alimentar. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 312). Realmente, considerada a função que os alimentos cumprem, nenhum direito hereditário se lhes deveria sobrepor. Contudo, há uma diferença fundamental entre a doutrina do autor citado e o que se defende aqui: seis páginas mais adiante, Sérgio Pereira faz um obtemperamento: se o *de cuius* deixou filhos menores, os quais precisam da herança para sobreviver, a obrigação alimentar pode não ser transmitida, para livrar a herança necessária dos filhos menores. Esta opinião é incompatível com o que se defende, pois não se postula qualquer direito hereditário necessário dos filhos menores; todo o direito destes seria também direito a alimentos. Nesse sentido, haveria uma espécie de concorrência, na qual deve prevalecer o direito a alimentos do parente mais próximo, respeitada a ordem de vocação legítima.

Outro ponto controvertido na literatura diz com as obrigações alimentares, que se transmitirão aos herdeiros: serão apenas as constituídas à época do óbito? E os pedidos de alimentos já em trâmite, mas ainda não julgados? Poderia haver a solicitação desses alimentos após a morte do possível credor? Prevalece, atualmente, tanto na literatura, quanto na jurisprudência, a opinião de que a obrigação alimentar deve estar constituída, quando do óbito; se muito, é a opinião líder de Youssef Cahali, seria admissível a transmissão da obrigação alimentar, que venha a ser deduzida em processo já iniciado, à época da morte. Não haveria, pois, possibilidade de alguém pleitear alimentos em face do espólio ou dos herdeiros do sucedendo²¹⁴. Não haveria, também, direito a alimentos para quem é herdeiro; este direito seria concedido, no máximo, até à partilha. A ideia é a de que, a partir desse momento, o herdeiro terá meios de manter-se²¹⁵. As duas posturas são criticadas, com acerto, na doutrina. Não se deveria desconsiderar a situação de quem já vinha sendo sustentado, voluntariamente, pelo sucedendo, em cumprimento de um dever de sustento, sem ter movido qualquer ação judicial nesse sentido. Imagine-se um cônjuge, que não tenha direito à herança do seu parceiro, em virtude do regime de bens, mas que seja economicamente dependente do seu consorte; nesse caso, não dá para excluí-lo do direito aos alimentos contra o espólio, porque não interpôs ação – isso soaria absurdo. O fundamental, nesses casos, é que haja a necessidade dos alimentos, à época do óbito, ainda que não haja ação interposta²¹⁶. Sobre o outro

²¹⁴ Cf. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 80. Do Superior Tribunal de Justiça, cf. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PROCESSUAL.ELEMENTOS DOS AUTOS QUE CONFIRMAM A REGULARIDADE. AÇÃO DE ALIMENTOS. ESPÓLIO. LEGITIMIDADE. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR INEXISTENTE ANTES DA MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. 1. Se o ato processual, ainda que praticado de forma irregular, cumpre o fim a que se destina, deve ser aproveitado, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas. 2. "Inexistindo condenação prévia do autor da herança, não há por que falar em transmissão do dever jurídico de prestar alimentos, em razão do seu caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível". (REsp 775180/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010) 3. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (AgRg no REsp 981.180/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 07/12/2010, DJe 15/12/2010).

²¹⁵ Cf. CHAGAS, Márcia Correia. Alimentos. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 582.

²¹⁶ Nesse sentido, cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 383. No local citado, os autores defendem que a ação pode ser ajuizada até à partilha dos bens, sem maiores justificativas para o estabelecimento desse termo. A decisão pela partilha como termo, porém, é bastante criticável. Pode acontecer, principalmente se o inventário for realizado extrajudicialmente, de o procedimento levar muito pouco tempo, de sorte a prejudicar a pessoa necessitada. Por outro lado, sobretudo em inventários judiciais, o problema pode ser o inverso: podem-se levar muitos anos até à partilha, e não seria arrazoado admitir que uma pessoa entre com ação de alimentos contra o espólio, por exemplo, cinco anos após a morte do hereditando.

problema, consistente no fato de o alimentário tornar-se herdeiro do devedor falecido, é bem justificada, para a maioria dos casos, a opinião de que a sua condição de herdeiro deva afastar seu direito a alimentos. Entretanto, pode acontecer de o seu quinhão não ser o suficiente para satisfazer suas necessidades; nesta condição, nada mais justo que esse herdeiro possa recorrer aos demais herdeiros (reforce-se: dentro das forças da herança), para quem a herança não veio apenas a satisfazer suas necessidades vitais, a fim de haver, para si, o complemento necessário para sua digna subsistência²¹⁷.

O último caso ainda merece uma maior reflexão. Se o alimentário virar herdeiro, portanto, ainda deve ter o direito a alimentos – claro, desde que seu quinhão hereditário não seja o suficiente para suas demandas. O recurso ao quinhão dos outros herdeiros ainda estaria ao seu dispor – posição minoritária, defendida aqui. Além disso, é possível o seguinte questionamento: e se houve sucessão testamentária, a par da legítima, e esta não for o suficiente para satisfazer as necessidades do credor de alimentos? No limite, poder-se-ia voltar a pretensão contra os beneficiários do testamento. Esta é a outra faceta da mesma questão, embora seja muito pouco defrontada. Se for verdade que o poder de disposição de uma pessoa não pode ser limitado sem que haja alguém, com uma especial relação, necessitado de seu patrimônio, também será verdade que o seu poder de disposição merecerá limitações extraordinárias (ou sua completa supressão), caso haja alguém nesta situação. A liberdade de testar não pode ser irresponsável, assim como não pode ser absoluto o direito de uma pessoa a parcela do patrimônio de outra, pelo tão-só fato de ser sua descendente, ascendente, ou cônjuge. Com isso, realizar-se-á o plano da proteção à pessoa do membro da família, ao invés de uma proteção institucional à família, como fim em si própria: dar-se-á aquilo, tudo aquilo, e exatamente aquilo a que cada um tem direito, tomado o ordenamento jurídico na sua integralidade.

A fim de compendiar as conclusões sobre a herança necessária, tem-se o

Propõe-se o prazo de dois anos, contados da morte do sucedendo, para a impetração da ação, tendo por fundamento o prazo prescricional da pretensão para haver prestações alimentares, a partir do seu vencimento (art. 206; § 2º, do Código Civil). Deste modo, ficam razoavelmente acomodados o interesse de quem necessita de alimentos (afinal, seria muito difícil que alguém permanecesse, precisado de alimentos, mais de dois anos sem agir) e a segurança jurídica para os herdeiros.

²¹⁷ Cf. PEREIRA, Sérgio Gischkow. A transmissão da obrigação alimentar. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 317.

seguinte: (1) a herança necessária é inconstitucional: fere o direito à propriedade do sucedendo e ainda obsta a realização da dignidade da pessoa, seja por impedir que ela exerça a propriedade, seja por não fomentar o desenvolvimento ótimo da sua personalidade, ao conferir-lhe um patrimônio, sem haver necessidades; (2) os preceitos da herança legítima continuarão úteis, pois servem para os casos em que a herança voluntária não aconteça, ou não atinja a totalidade dos bens; (3) nenhum argumento a favor da herança necessária consegue deixar de fazer menção à noção institucional de família, o que vai na contramão da tendência à repersonalização do direito privado²¹⁸; (4) os alimentos conglobam todo o direito que uma pessoa pode ter diante de outra, a respeito do patrimônio da que falece, em virtude do parentesco ou do casamento com outra, fato que esboroa a utilidade do direito hereditário necessário (especialmente com a consagração da transmissibilidade da obrigação alimentar, na forma do art. 1700, do Código Civil); (5) a pessoa necessitada de alimentos, em relação a alguém, que faleceu, pode demandar, no prazo de dois anos, do espólio ou dos herdeiros do hereditando, nas forças da herança; (6) se o quinhão hereditário não for o suficiente para satisfazer às necessidade básicas do herdeiro, este poderá, nessa ordem, voltar-se contra os demais herdeiros e contra os beneficiários do testamento, a fim de haver o que for necessário para si.

3.2.2 A exclusão dos colaterais na declaração de vacância da herança (art. 1822; Código Civil)

Art. 1.822. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal.

Parágrafo único. Não se habilitando até a declaração de vacância, os colaterais ficarão excluídos da sucessão.

Esse dispositivo está incluso no capítulo destinado à herança jacente (arts. 1819-1823) e trata, no seu *caput*, de um dos efeitos da declaração de vacância da herança: a aquisição da propriedade resolúvel desses bens pelo Estado. No seu parágrafo único, é estabelecida uma grave limitação ao direito à herança dos

²¹⁸ Como observou Maria da Costa: “Também ao lermos os artigos do Novo Código Civil que mantêm a reserva da legítima nos testamentos, não encontramos ali vestígios de repersonalização ou despatrimonialização, pelo contrário.” (Restrições à liberdade de dispor: o testamento no novo Código Civil. . In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 293-307)

colaterais: com a declaração de vacância, diz o texto legal, eles ficarão excluídos da sucessão. A fim de promover uma análise crítica dessa norma limitadora, convém fazer-se um repasse sobre as noções de herança vacante e de herança jacente no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.2.1 Herança jacente e herança vacante

Vigora, no Brasil, o direito de *saisine*, pelo qual os bens do sucedendo transmitem-se, imediatamente, aos seus herdeiros. A ideia, pois, é a transmissão reputar-se feita, desde o momento da abertura da sucessão, com o óbito do hereditante. Entretanto, há situações nas quais não se conhecem os herdeiros, sejam legítimos, sejam testamentários; conseqüentemente, ninguém se apresenta, para dizer se aceita a herança. A jacência, lecionou Sebastião de Souza, caracteriza-se pela ausência de herdeiros conhecidos, na sucessão legítima, e de herdeiros legítimos ou testamentários e de testamenteiro, na sucessão testamentária²¹⁹. Jacente, portanto, é a herança, cujos beneficiários ainda são ignorados²²⁰. No antigo direito romano, da morte do sucedendo à aceitação da herança, abria-se um vácuo, durante o qual a ninguém cabiam o domínio e a posse do espólio. Para evitar que os bens acabassem abandonados, era promovida uma ficção: a herança era considerada uma espécie de pessoa jurídica, em condições de aumentar o seu ativo, com frutos e rendimentos, podendo demandar e ser demandada. Atualmente, não é mais assim, e com o intuito de evitar a ação de usurpadores, bem como para tocar as relações jurídicas mais urgentes, envolvendo a herança, a Justiça intervém, com a nomeação de um curador, responsável por guardar, conservar e administrar os bens, por prazo determinado²²¹⁻²²². De acordo

²¹⁹ Cf. *Da herança jacente*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1941. p. 101.

²²⁰ Mais extensamente, Carlos Violante diz que é a herança que jaz, sem que seus herdeiros sejam conhecidos, ou cujos herdeiros conhecidos tenham a ela renunciado, ou tenham dela sido excluídos, por indignidade ou deserdação, sem a existência de outros herdeiros, os quais tenham direito por representação do indigno ou por substituição do deserdado (cf. *Herança jacente e herança vacante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 9-10). O texto do art. 1819 fala em herdeiro “notoriamente conhecido”; essa expressão é uma reminiscência da redação do dispositivo equivalente do Código Civil de 1916 e ganhou um novo reforço no Código atual: com a consagração de direitos sucessórios ao companheiro supérstite, pode acontecer de o companheiro não ter prova, constituída previamente, da relação mantida com o *de cuius*. Assim, o companheiro pode, perfeitamente, ser um herdeiro conhecido, mas não “notoriamente”, imediatamente após a abertura da sucessão.

²²¹ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 74.

com o art. 1819, a jacência é um estado meramente transitório, pois haverá a nomeação de um curador, responsável pela guarda e pela administração dos bens arrecadados, e a atuação desse curador terminará com a entrega da herança ao herdeiro habilitado, ou com a declaração de vacância da herança.

Realizadas as diligências de arrecadação, e terminado o inventário, determina o art. 1820, do Código Civil, serão expedidos editais, na forma da lei processual, a fim de dar ciência a todos os interessados. Passado um ano da primeira publicação desses editais, se não houver herdeiro habilitado, a herança será declarada vaga. Caso haja habilitação pendente, a sentença que a improceder declarará a vacância; havendo várias habilitações, a vacância será declarada após o indeferimento da última (art. 1157, do Código de Processo Civil). A vacância é uma situação distinta da jacência; ao passo que a herança jacente é aquela, cujos herdeiros não são conhecidos, a herança vaga não tem herdeiro e, por isso, é devolvida ao Estado²²³. Esta não é a única forma de uma herança tornar-se vacante. Também existe a possibilidade de todos os herdeiros conhecidos renunciarem ao quinhão; nesse caso, ela deverá, desde logo ser declarada vacante (art. 1823, do Código Civil). Há uma discussão doutrinária sobre o que se transmite para o Estado com a sentença de vacância: se a posse, ou se a propriedade resolúvel dos bens. Para a maior parte dos setores da doutrina, com o transcurso do primeiro ano da publicação dos editais, adquire-se uma propriedade resolúvel, pois o Estado deve conservar os bens pelo período de cinco anos, contados da abertura da sucessão, prazo durante o qual é possível a alguns herdeiros o manejo de uma ação direta (petição de herança)²²⁴. Para outro setor, o que se transfere com a vacância é apenas a posse dos bens da herança; a propriedade é transferida, passados cinco anos da abertura da sucessão²²⁵. Seja como for, o fato é que a herança ainda

²²² À herança jacente, tem-se reconhecido uma personalidade anômala, a qual lhe credencia a atuar em juízo, mesmo sem contar com personalidade jurídica, a exemplo da massa falida e do condomínio edilício.

²²³ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5. ed. Revista e atualizada por Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. p. 40-41.

²²⁴ Cf., por todos, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao código civil*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 186; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 6. 21. ed. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2014. § 435 (Versão digital)

²²⁵ Cf. ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código civil comentado*. v. 18. São Paulo: Atlas, 2003. p. 184. É bem verdade que esse autor fala em transferência da propriedade “após cinco anos da declaração de vacância”. Seguramente, a referência à declaração de vacância, ao invés de abertura da sucessão, foi um equívoco de digitação, que passou despercebido, pois outras passagens dão a entender que ele não entende o que está expresso nessa passagem. Eduardo de Oliveira Leite

poderá ser disputada pelos herdeiros, até ao quinto ano da abertura da sucessão; se se considera o direito do Estado, nesse ínterim, posse, exercida pelo seu curador, ou propriedade resolúvel, é questão menos relevante.

A declaração de vacância, pelo disposto nos artigos já referidos, afigura-se uma condição para a transmissão definitiva dos bens da herança ao Estado, após o quinquênio da abertura da sucessão. Se não houver declaração de vacância antes desse prazo, a propriedade definitiva dos bens não se transmite. Caso a declaração da vacância se dê após o quinquênio, a transmissão será imediata. Um ponto interessante diz respeito à destinação a ser dada pelo Estado aos bens da herança vacante, definitivamente transferida para o seu patrimônio. O Decreto-Lei nº 8207/45 tratou expressamente dessa matéria. Em seu art. 3º, fica estipulado que, adquirido o domínio dos bens arrecadados, o ente beneficiado deverá aplicá-los em fundações destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário, sob fiscalização do Ministério Público. Os entes públicos beneficiados poderiam ser três: a União, o Estado-Membro, ou o Distrito Federal. Os Estados e o Distrito Federal ficariam com os bens, se o *de cuius* tinha domicílio em seus territórios; se o domicílio fosse em algum território não constituído em Estado, os bens seriam da União. Esta disposição foi dada pelo artigo 1594, do Código Civil de 1916, com a redação dada pelo mesmo Decreto-Lei 8207/45. Entretanto, a Lei nº 8049/90 deu nova redação ao artigo citado, de tal modo que, ao invés do Estado-Membro, passou a figurar o Município, no qual o hereditando tivesse seu domicílio, mantidas as demais disposições – o que continua no art. 1822, do atual Código Civil. Com isso, surgiu a dúvida: a destinação imposta pelo Decreto-Lei 8207/45 valeria, ainda, para os Municípios, os quais não estavam inclusos pelo Decreto-Lei? Para Carlos Violante, o Município tem a competência para decidir que destino deve dar a esses bens, em virtude da sua autonomia político-administrativa. Pode o ente público dar a destinação que achar mais adequada, no contexto das suas necessidades, sempre de acordo com uma finalidade pública. Ele defende, de maneira bem arrazoada, a aplicação, por analogia, das normas do Decreto-Lei 8207/45, enquanto o Município

cometeu equívoco semelhante, ao escrever: “Este é um dos efeitos da sentença de vacância: fixar o termo inicial do prazo de cinco anos, findo o qual os bens vagos passam definitivamente para o domínio público.” (*Comentários ao novo Código Civil*. v. 21. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 189-190). Logo na sequência, entretanto, ele fala em cinco anos do falecimento do sucedendo. O que se pode constatar é que o termo inicial desse quinquênio é a morte do sucedendo, o que está expresso, inclusiva, no art. 1822. A prolação da sentença de vacância é apenas uma condição para a transmissão definitiva da propriedade ao Estado, como se defenderá.

não tenha lei própria sobre o tema, para aplicar os recursos no ensino público municipal – se não houver instituição de ensino no Município, que os bens sejam destinados a outra finalidade, por decisão do Prefeito²²⁶.

Feitas essas considerações mais gerais sobre o tema, é possível passar à análise crítica da exclusão dos colaterais, uma vez declarada a vacância da herança.

3.2.2.2 A exclusão dos colaterais na declaração de vacância à luz da fundamentalidade do direito à herança

Foi o mesmo Decreto-Lei 8207/45 que trouxe, pela primeira vez no Código Civil, a previsão de exclusão dos colaterais após a declaração de vacância. Até então, o art. 1594, do Código Civil de 1916, sequer continha um parágrafo²²⁷; a partir dele, incluiu-se o parágrafo, segundo o qual os colaterais, que não forem notoriamente conhecidos, ficarão excluídos da sucessão legítima após a declaração de vacância. Em relação ao parágrafo único do atual artigo 1822, há uma mudança na redação, pois não se fala, especificamente, em sucessão legítima – sobre serem notoriamente conhecidos os colaterais, essa condição foi generalizada para todos os herdeiros legítimos e testamentários, conforme ao art. 1819. A respeito dessa mudança, serão feitos alguns comentários mais à frente.

A exclusão dos colaterais com a declaração de vacância apareceu no Código Civil após uma regulamentação muito severa sobre a herança jacente, empreendida pelo Decreto-Lei 1907/39. Este diploma estabeleceu que o direito hereditário legítimo dos colaterais ia apenas até ao segundo grau (i.e. irmãos), revogando o direito anterior, que levava esse direito até ao sexto grau, nos moldes do parentesco civil (art. 1º). Dentre outras disposições, esse Decreto-Lei estipulava que, após seis meses da morte do hereditando, se nenhum herdeiro estivesse habilitado, a herança seria considerada vacante, todas as ações contra o espólio

²²⁶ Cf. *Herança jacente e herança vacante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 92-94.

²²⁷ A última configuração desse artigo foi a seguinte: “Art. 1.594. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos 5 (cinco) anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal. (Redação dada pela Lei nº 8.049, de 1990). Parágrafo único, Se não forem notoriamente conhecidos, os colaterais ficarão excluídos da sucessão legítima após a declaração de vacância. (Incluído pelo Decreto-Lei nº 8.207, de 1945).”

estariam prescritas – e não seria mais admissível a habilitação de qualquer herdeiro, seja legítimo, seja testamentário (art. 2º)²²⁸. Esta restrição tão profunda ao direito hereditário do colateral é creditada à proteção dos interesses nacionais em um caso famoso. Foi a sucessão de Paul Louis Joseph Deleuse (“caso Deleuse”), o qual deixou uma grande fortuna de herança. Seus únicos herdeiros eram três parentes colaterais (primos), estrangeiros e residentes fora do Brasil. Para contornar o problema de a capacidade para suceder ser regulada pela lei do tempo da abertura da sucessão, o art. 6º, do Decreto-Lei indigitado, dispunha que suas normas aplicavam-se aos processos em curso²²⁹. Já em 1945, com o Decreto-Lei nº 8207, o direito hereditário dos colaterais chegou ao terceiro grau. No ano seguinte, com o Decreto-Lei nº 9461, fixou-se o limite do quarto grau. Portanto, a exclusão dos colaterais é um resquício de um regime de herança jacente e herança vacante ainda mais severo para com os herdeiros.

Para muitos setores da doutrina, os colaterais são, sem mais, excluídos da sucessão após a declaração de vacância; isto é, não se podem mais habilitar, nem mover ação direta, mesmo dentro dos cinco primeiros anos da morte do hereditando²³⁰ – faculdade admitida para os herdeiros necessários e testamentários²³¹. Consequentemente, o direito à herança desses colaterais estará, inteiramente, eliminado²³²⁻²³³. Contudo, alguns autores consideravam o antigo art.

²²⁸ Para um estudo mais detido desse Decreto-Lei, cf. SOUZA, Sebastião de. *Da herança jacente*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1941. p. 109 ss.

²²⁹ É curioso observar que, no Supremo Tribunal Federal, à época, prevaleceu a tese de que, como a Constituição de 1937 suprimira a irretroatividade das leis como garantia constitucional, a irretroatividade ainda seria a regra, porém o legislador constituído teria liberdade para dispor em sentido contrário. Deste modo, como o Decreto fazia menção à aplicabilidade aos processos em curso, a pretensão dos parentes não logrou êxito. Sobre o caso, cf. PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 157-158.

²³⁰ O parágrafo único do antigo art. 1594 restringia a exclusão dos colaterais à herança legítima. Com isso, Pontes de Miranda asseverou que a regra não apanhava os herdeiros testamentários ou os legatários, “a despeito de serem, na hipótese, parentes colaterais.” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 314). O parágrafo único do atual art. 1822 não faz qualquer menção ao tipo de sucessão, da qual o colateral estará excluído, caso a vacância seja declarada. Em razão disso, poder-se-ia imaginar que o colateral estaria excluído em todos os tipos de sucessão; nada mais errado, porém. Quando a lei fala em exclusão do colateral, só poderá ser na legítima, pois, na sucessão voluntária, ninguém herda em virtude desse vínculo de parentesco; herda, porque foi instituído herdeiro ou legatário pelo *de cuius*, independentemente de seu parentesco.

²³¹ Segundo o Código de Processo Civil, o prazo para a habilitação dos herdeiros é de seis meses, contados da data da publicação do primeiro edital (art. 1152; *caput*).

²³² Nesse sentido, cf., por todos, LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 21. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 190-191; GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. v. 16. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 163-164; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 615.

1594 revogado, tacitamente, em seu parágrafo único, pois o Código de Processo Civil determina, em seu art. 1158: “Transitada em julgado a sentença que declarou a vacância, o cônjuge, os herdeiros e os credores só poderão reclamar o seu direito por ação direta.” Conseqüentemente, ao não fazer distinções entre os herdeiros, o art. 1158 abriria a possibilidade de propositura de ação direta (petição de herança) aos colaterais, mesmo após a declaração de vacância da herança²³⁴. Curiosamente, alguns setores da doutrina continuavam a repetir esta última opinião, mesmo depois de promulgado o Código Civil de 2002²³⁵; ocorre que, se o argumento da possibilidade de os colaterais poderem manejar a ação direta tinha por base a revogação parcial do parágrafo único do art. 1594, do Código Civil de 1916, esse argumento perdeu a sua força com o parágrafo único do art. 1822, pois este é posterior ao Código de Processo Civil de 1973. Portanto, a norma revogadora, a qual concederia essa competência aos colaterais, estaria revogada – e os autores que defenderam essa tese depois do atual Código Civil, não dão novos argumentos para sustentá-la. Coincidentemente, o novo Código de Processo Civil traz um dispositivo semelhante ao art. 1158, do atual, de tal sorte que essa discussão perderá o seu objeto com a vigência do novo diploma processual civil²³⁶.

A par da discussão ligada ao histórico das normas dos diplomas citados, cumpre questionar o seguinte: essa limitação ao direito à herança dos colaterais tem alguma justificativa bastante? Para utilizar a terminologia cravada no segundo capítulo, é uma restrição, ou uma violação ao direito à herança? Quando se está diante de um direito fundamental, que sofre uma limitação, antes mesmo de buscar-

²³³ Vale registrar a posição diferenciada de Carlos Violante. Para ele, apesar da disposição do Código de Processo Civil ser posterior ao Código Civil, deve prevalecer a norma atribuída a este diploma normativo. Como se trata de um caso de prescrição e decadência, o direito envolvido é material, e a legislação processual não se poderia intrometer nesta questão, embora ele ressalte que seria mais adequado um tratamento uniforme a todos os herdeiros (Cf. *Herança jacente e herança vacante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 53-54). Como a posição defendida neste trabalho utilizará fundamentos diferentes, não se entrará no mérito desta questão, para evitar uma discussão secundária mais alongada.

²³⁴ Nesse sentido, cf. MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. v. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 646.

²³⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1291; FUJITA, Jorge Shiguemitsu *et alii* (coord.) *Comentários ao código civil: artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1629.

²³⁶ “Art. 743. Passado 1 (um) ano da primeira publicação do edital e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, será a herança declarada vacante. § 1º Pendendo habilitação, a vacância será declarada pela mesma sentença que a julgar improcedente, aguardando-se, no caso de serem diversas as habilitações, o julgamento da última. **§ 2º Transitada em julgado a sentença que declarou a vacância, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os credores só poderão reclamar o seu direito por ação direta.**” (Grifou-se)

se uma interpretação sistemática, que tenha o condão de revogar essa limitação, deve-se indagar se a limitação tem alguma justificativa, de ordem constitucional; essa é uma primeira consequência do regime jusfundamental de um direito. Mais: não somente deve existir uma razão para a limitação, como, pela lei do sopesamento, o grau de intervenção deve ser proporcional à importância da realização dos princípios contrapostos. Especificamente para este caso, deve-se indagar: qual a justificativa para a limitação do direito à herança dos herdeiros? Como se viu, historicamente, o “caso Deleuse” levou à limitação do direito dos colaterais, a fim de evitar que estrangeiros tomassem uma grande herança. É difícil vislumbrar algum motivo capaz de justificar esse tratamento desigual ao colateral; numa “ordem normal de afetos” não é absurdo sustentar que os colaterais seriam parentes mais distantes que descendentes, ascendentes e cônjuge; entretanto, isso não poderia servir de justificativa para excluir o colateral. Pelo contrário, se os demais herdeiros legítimos são mais “próximos” do hereditando, deveriam, em tese, aparecer mais rapidamente, para dizer se aceitam, ou não, o quinhão que lhes é reservado por lei. Além disso, os colaterais podem ser eliminados da sucessão por testamento, se for da vontade do sucedendo; se este não promove essa eliminação, é razoável presumir que ele desejou deixar seus bens para esses parentes – um motivo contrário ao tratamento desigual. Se o Decreto-Lei 1907/39 tinha uma virtude, que a atual legislação não tem, era exatamente a do trato equânime para todos os herdeiros: em seis meses, não se poderia mais fazer qualquer tipo de habilitação, para qualquer herdeiro.

Em conclusão, afirma-se que a limitação sob análise é inconstitucional, é incompatível com o regime jusfundamental do direito à herança. O direito do colateral não deve sofrer esse tipo de limitação, sobretudo quando se tem em mente que, com a sua exclusão, os bens serão destinados ao poder público, caso não apareça um herdeiro necessário – e é muito difícil que um herdeiro necessário apareça após a declaração de vacância. Mesmo um argumento baseado numa função social da propriedade, exercida pelo Estado, caso tenha para si essas heranças vagas, tem dificuldade de prosperar; afinal, esse argumento deveria servir contra todo e qualquer herdeiro, seja ele qual for, e não para criar um regime discriminatório em relação a um titular do direito à herança. Além do mais, é fundamental ter em mente que essa exclusão promove uma limitação ao direito de propriedade do hereditando: se se admite que o fundamento para a sucessão

legítima é a vontade presumida do autor da herança, ele, nesse caso, manifesta sua vontade de direcionar seus bens aos parentes colaterais; excluí-los, dessa forma, será um meio de frustrar a vontade do sucedendo, impedindo que se realize, a contento, a sua faculdade de disposição por ato de última vontade, restringindo-se, por conseguinte, o seu direito à propriedade. À vista desses elementos, deve-se afastar o parágrafo único, do art. 1822, do Código Civil, por inconstitucional, com a prevalência do regime igualitário entre os herdeiros, contido no art. 1158, do Código de Processo Civil.

4.2.3 A causa suspensiva do art. 1523, inc. I, do Código Civil

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; (...)

O dispositivo transcrito cuida de uma restrição à liberdade de conformação da constituição das relações familiares, a qual é dirigida aos viúvos, quando ficam filhos do cônjuge falecido. O viúvo, enquanto não for dada partilha aos herdeiros, estará enquadrado numa causa suspensiva do casamento. Para a melhor compreensão da interpretação crítica a ser feita, serão abordados a noção e os efeitos de causa suspensiva do casamento, para, ao final, ser realizada a discussão sobre a matéria.

3.2.3.1 Causas suspensivas: noção e efeitos

Nos últimos anos, o direito brasileiro tem assistido a uma ampliação sem precedentes da liberdade para casar. As pessoas têm uma liberdade extraordinariamente ampla para contrair núpcias quando quiserem, se quiserem e com quem quiserem. Completada a idade núbil, a qual, no Brasil, é de dezesseis anos (art. 1517, do Código Civil), as pessoas podem casar-se, sem haver idade máxima para isso. Quanto à liberdade para a escolha do cônjuge, a evolução jurisprudencial superou até mesmo a resistência à admissão da celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo, afastando-se a interpretação literal dos dispositivos relacionados ao casamento, tanto na Constituição, quanto no Código Civil. Sobre a constituição do regime de bens, o atual Código Civil manteve um

amplo espectro de liberdade para a formatação das relações patrimoniais na constância da sociedade conjugal e foi mais longe que o seu antecessor, ao trazer a possibilidade de alteração do regime de bens do casamento²³⁷. Não foi somente para contrair núpcias que o direito nacional evoluiu: a desconstituição do vínculo matrimonial tornou-se significativamente mais simples, com as mais recentes alterações sobre o divórcio. A chamada “PEC do Divórcio” foi convertida na Emenda à Constituição nº 66/10, a qual dispensou qualquer período prévio de separação de fato ou judicial para a decretação do divórcio (art. 226; § 6º). No plano infraconstitucional, a Lei nº 11441/07 trouxe a possibilidade de realização de divórcio consensual na via administrativa.

A liberdade relativa ao matrimônio conhece algumas limitações. Existem certas condições para a celebração do casamento, e algumas podem mesmo levar à anulação do ato. Na sistemática do Código Civil de 1916, todas as condições necessárias à validade e à celebração do casamento eram intituladas *impedimentos* e vinham reunidas no art. 183 desse diploma. A doutrina costumava elencar esses impedimentos em três categorias: (1) impedimentos dirimentes absolutos (ou públicos), os quais tornavam o casamento nulo; (2) impedimentos dirimentes relativos (ou privados), que tornavam o casamento anulável; (3) impedimentos proibitivos ou impedientes, cuja infração não acarretava a nulidade do casamento, sujeitando apenas a uma pena quem os desatendesse²³⁸. O atual Código Civil adotou outra forma de elencar esses elementos. Os sucessores dos antigos impedimentos dirimentes absolutos continuam sendo chamados impedimentos, com o seu rol trazido pelo art. 1521. As causas de anulabilidade do casamento perderam a designação “impedimento” e passaram a figurar, no Código, apartadas (art. 1550). Não há mais impedimentos proibitivos; em seu lugar, foram incluídas as chamadas causas suspensivas do matrimônio, no art. 1523, cuja oposição deverá ser feita nos moldes do art. 1524²³⁹.

²³⁷ “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

²³⁸ Cf. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. v. 4. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 36-37.

²³⁹ “Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser argüidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consangüíneos ou afins.”

A inclusão dos antigos impedimentos impeditores no rol dos impedimentos era motivo de crítica, pois essas hipóteses não traziam máculas à validade do casamento. A designação “causas suspensivas” também é objeto de críticas: a celebração do casamento, realizado em algum dos casos do art. 1523, não sofre qualquer tipo de suspensão²⁴⁰; a celebração prossegue, com a cominação, aos nubentes, de limitações à sua liberdade de constituição das relações familiares. Basicamente, para todas as hipóteses do art. 1523, impõe-se o regime da separação legal de bens no casamento, pelo disposto no art. 1641, inc. I. Portanto, ao contrário de setor isolado da doutrina, não se deve falar que as causas suspensivas representam situações menos graves que os impedimentos para o matrimônio e que as causas de anulabilidade do ato, os quais envolvem razões morais, questões eugênicas, higidez da manifestação de vontade etc.; a rigor, são situações de outra natureza, cujo enfrentamento impõe o regime da separação de bens, para evitar situações prejudiciais a alguns sujeitos²⁴¹. Em todos os casos do art. 1523, há situações nas quais a contração de núpcias em regime de comunhão de bens pode trazer complicações ou prejuízos para terceiros. Na situação discutida, está o viúvo, que deseja casar-se novamente. Caso ele tenha filhos do casamento anterior, não deverá, antes de fazer o inventário e dar a partilha aos filhos indigitados²⁴², contrair

²⁴⁰ Nesse sentido, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 5. 22. ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 116; RODRIGUES, Sílvio. *Comentários ao Código Civil*. v. 17. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 34; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; FIGUEIREDO, Sálvio de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 127. Contra, cf. FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código civil comentado*. v. 15. São Paulo: Atlas, 2003. p. 72, para quem o casamento não fica proibido, “de modo absoluto”, mas terá a sua celebração suspensa, se a causa suspensiva for arguida antes da concretização do matrimônio. Esta opinião não parece sustentável, porque não faz sentido os nubentes terem seu casamento suspenso, por tempo indeterminado, se o objetivo de evitar alguma confusão patrimonial, grande finalidade das causas suspensivas, já é atingido com a imposição do regime da separação de bens.

²⁴¹ Em comentários ao impedimento para o casamento entre colaterais de terceiro grau, já se afirmou, em sede doutrinária, que, diante da evolução dos exames pré-natais e genéticos, o casamento entre tio e sobrinho não tinha razão alguma para ser proibido, sendo correta a previsão da legislação especial (Decreto-Lei nº 3200/41), a qual permite esse casamento, desde que haja laudo médico favorável e autorização judicial. Portanto, se o intuito legal é de proteger a prole de possíveis doenças hereditárias, a disposição estaria ultrapassada. “Logo, melhor se situaria dentre as causas suspensivas.” (cf. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; COLTRO, Antonio Carlos Mathias *et alii*. *Comentários ao código civil brasileiro*. v. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 59-60). A sugestão de incluir a hipótese do casamento entre tio e sobrinho entre as causas suspensivas é o exemplo do erro de achar que elas representam problemas “menos graves” que as hipóteses conducentes à anulação do casamento, como se estivessem todas dispostas num só espectro. Mas essa noção não tem resposta para a seguinte pergunta: em que o regime da separação de bens corrigiria algum problema oriundo do casamento entre tio e sobrinho?

²⁴² Para Clóvis Beviláqua, não seria bastante apenas a realização do inventário; o cônjuge supérstite deve dar a partilha, a fim de afastar a causa suspensiva, porque é com a partilha que cessa o estado provisório de indivisão dos bens, com o esclarecimento do direito de cada um (cf. *Código civil dos*

novas núpcias, a menos que opte pelo regime da separação consensual, mediante a feitura de um contrato antenupcial, ou aceite o da separação legal de bens. Essa causa suspensiva visa à proteção dos herdeiros; o novo casamento em algum regime de comunhão de bens poderia trazer prejuízos ao quinhão devido aos filhos em comum. Desse modo, essa causa suspensiva realiza um dever de legislar, cometido ao legislador constituído, para a proteção bastante do direito à herança. Alguns autores ligam essa causa suspensiva a uma das hipóteses de hipoteca legal: a conferida aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe, antes de fazer o inventário do casal anterior (art. 1489, inc. II)²⁴³. Essas duas previsões atuam em conjunto na proteção do direito hereditário dos filhos, cujos pais pretendam entrar em nova relação matrimonial.

A causa suspensiva do inc. I, do art. 1523, pode não ser aplicada, determina o único parágrafo do mesmo artigo, se ficar comprovada a inexistência de prejuízo para o herdeiro. Seria o caso, por exemplo, de não haver bens a partilhar entre os cônjuges; reconhecida, judicialmente, a inexistência do prejuízo para os herdeiros, será possível a realização do novo matrimônio em qualquer regime de bens. À vista do exposto, impõe-se uma apreciação crítica dessa causa suspensiva.

3.2.3.2 A interpretação devida do art. 1523, inc. I, sob a fundamentalidade do direito à herança

A justificativa para a interferência na liberdade de constituição do regime de bens do viúvo, imposta pelo dispositivo em questão, é a realização do direito à herança do filho, o qual poderia restar prejudicado, com uma possível mistura de patrimônios, aliada à ordem afetiva que o viúvo conhecerá em seu novo casamento. Contudo, se a justificativa é essa, o dispositivo promove um recorte muito problemático, pois só fala nos filhos do sucedendo com o cônjuge sobrevivente; ou

Estados Unidos do Brasil. v. 2. 12. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1960. p. 22).

²⁴³ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1698; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 6. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 224-225. Como será explorado no próximo número, a equiparação das situações entre o inc. I, do art. 1523, e o inc. II, do art. 1489, traz algumas questões interessantes: (1) a hipoteca legal é garantida ao filho, independentemente de os seus pais serem casados entre si; basta que um deles queira casar-se novamente, mesmo que esteja casado com outra pessoa, que não o ascendente do filho; (2) no enunciado da hipoteca legal, fala-se apenas em inventário, sem expressa menção à partilha de bens do casamento anterior.

seja: para incidir a causa suspensiva, o cônjuge supérstite teria-de ter filhos com o falecido. Se os filhos forem apenas do morto, numa interpretação literal, o viúvo não incorre na condição suspensiva. Exemplo: João e Maria casam-se; João já era pai de Joaquim, fruto de um relacionamento anterior – ou mesmo de um relacionamento extraconjugal. Se João falecer sem ter filho com Maria, esta poderá, portanto, contrair núpcias com Antonio, sem incidir na causa suspensiva, ainda que não tenha dado a partilha a Joaquim, herdeiro de João. Como a viúva não teve filho com o cônjuge falecido, não se aplica a causa suspensiva. Essa interpretação é defendida por Flávio Tartuce e José Simão:

Vale dizer, ainda, que se o filho for apenas do cônjuge falecido, ou seja, não for filho do viúvo ou viúva que pretende se casar novamente, não se impõe a causa suspensiva ao cônjuge sobrevivente, pois se trata de limitação da autonomia privada que somente pode decorrer de lei, não admitindo interpretação extensiva ou analogia. O mesmo ocorre se o filho for apenas daquele que pretende casar.²⁴⁴

Essa interpretação conta com o abono do velho brocardo hermenêutico, segundo a qual disposições restritivas de direito devem ser interpretadas estritamente (*odiosa restringenda*). Essa solução, entretanto, não leva em consideração todos os pontos de vista relevantes – e igualmente dignos de proteção – para a matéria. A propósito, como observou Carlos Maximiliano, a hermenêutica moderna olha “com desconfiança e desdém” para a distinção, algo artificial, entre disposições asseguradoras de vantagem e disposições que imponham decadência de direitos. Objetivamente, afirma Maximiliano, nenhuma norma é favorável, e nenhuma é odiosa: todas constituem afirmações de direitos, sejam coletivos, sejam individuais. Atender ao contraste é difícil, pois a lei intervém, quando há interesses antagônicos; o que é odioso para um, será favorável ao outro²⁴⁵. A lição é preciosa e serve à análise do caso. Com efeito, a imposição do regime da separação de bens, da perspectiva do viúvo, é, inquestionavelmente, trazida por norma restritiva da sua liberdade. Mas, e sobre isso não pode pairar qualquer dúvida, do ponto de vista do herdeiro, essa mesma norma representa uma maximização do seu direito fundamental à herança. Desse modo, o *odiosa restringenda* não pode ser, previamente, lançado como argumento determinante na interpretação de um texto legal dessa natureza; claro, deve ser tomado em linha de conta, mas não pode

²⁴⁴ *Direito civil*. v. 5. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 50.

²⁴⁵ Cf. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 247.

excluir, sem mais, outras possibilidades interpretativas, decorrentes de outros elementos do ordenamento jurídico, envolvidos no caso sob interpretação²⁴⁶.

Como primeiro argumento a favor da ampliação da interpretação do dispositivo, é possível comprovar que há razões mais fortes, da perspectiva dos herdeiros, de a causa suspensiva atuar quando os filhos são apenas do sucedendo, do que quando os filhos são também do cônjuge supérstite. Se os filhos, cujo direito à herança se pretenda proteger, são também do viúvo, este terá interesse, em tese, na proteção do quinhão hereditário dos seus próprios descendentes. Além disso, estes descendentes são seus potenciais herdeiros necessários, motivo pelo qual seria mais difícil prejudicar-lhes algo²⁴⁷. Se o filho for apenas do sucedendo, o viúvo teria mais motivos para promover uma confusão patrimonial prejudicial a esse herdeiro. No exemplo dado há pouco, Joaquim, filho somente de João, falecido este, poderia ser prejudicado por Maria, casada novamente, a qual poderia ter outros filhos no novo relacionamento. Todas essas circunstâncias desprotegeriam Joaquim, de acordo com a interpretação literal, pois Maria poder-se-ia casar em regime de comunhão total de bens, causando um grande embaraço no patrimônio que deveria ser inventariado e partilhado, em virtude da morte de João. Existem, pois, motivos mais fortes para incidir a causa suspensiva, caso os herdeiros sejam filhos *apenas* do falecido, pois o direito à herança dos filhos do viúvo já gozaria, de certa forma, de uma proteção, consistente na herança necessária, diante desse viúvo.

Uma comparação com outro dispositivo, também favorece a interpretação extensiva. A hipoteca legal em favor dos filhos, prevista pelo art. 1489, inc. II, não limita a concessão do direito aos filhos de ambos os cônjuges²⁴⁸. Portanto, se filho

²⁴⁶ No expressivo dizer de Menezes Cordeiro, perante um problema a resolver, o jurista não deve convocar apenas a norma “primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depôr”. Todos os ramos jurídicos, com destaque para a Constituição, os diversos dados normativos relevantes, e até mesmo o processo devem estar envolvidos no processo interpretativo (cf. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. CXI-CXII).

²⁴⁷ Pode haver outra composição fática: um cônjuge falece, de tal sorte que haja filhos somente do falecido e filhos em comum com o viúvo. Este caso estaria encartado na interpretação literal do inc. I, do art. 1523, pois não se diz se todos os filhos devem ser em comum.

²⁴⁸ “Art. 1.489. A lei confere hipoteca: (...) II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;”. Como se percebe, o dispositivo citado fala apenas em inventário, sem falar em partilha. Entretanto, pelas razões a favor do entendimento sobre a causa suspensiva do art. 1523, inc. I, pela partilha, também aqui se deve entender que a norma impõe a partilha, para fins de extinção dessa hipoteca legal. Nesse sentido, em comentário ao art. 827, inc. III, do Código Civil de 1916, de idêntico teor ao atual 1489, inc. II, cf. SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. v. 10. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 428.

apenas de um dos cônjuges, cujo casamento chega ao fim, o indivíduo terá direito à hipoteca sobre os bens imóveis de seu ascendente. Não é necessário, deste modo, que pai e mãe sejam casados entre si. Nesse sentido, esses dois dispositivos, cujo objetivo é o mesmo (a proteção do direito à herança dos filhos), guardam, em interpretações literais, essa diferença de abrangência. Se for considerado que o direito à herança pode sofrer um prejuízo irreparável pela falta da proteção da causa suspensiva, ver-se-á que a interpretação mais extensa é a melhor; além disso, deve ser considerado que o prejuízo para o viúvo que contrair novas núpcias será muito menor: ele será apenas obrigado a separar seus bens no novo casamento – e, uma vez afastadas as razões da causa suspensiva, ele sempre terá a possibilidade de manejar uma ação para a mudança do regime de bens do matrimônio. Entre uma limitação de efeitos reversíveis para a liberdade do cônjuge e a possibilidade de uma limitação incontornável ao direito à herança, deve-se optar pela primeira, desde que seja oriunda de um resultado interpretativo admissível, o que é o caso. Assim o elemento sistemático e a finalidade de proteger o direito fundamental à herança depõem a favor da interpretação mais extensiva do art. 1523, inc. I.

Para encerrar este ponto, deve ser feita uma reflexão sobre o motivo de esse dispositivo falar apenas em filhos dos dois cônjuges, cujo casamento se encerra pela morte de um. Por que excluir os filhos exclusivos do hereditando? Por que se fala apenas em filhos, e não em descendentes, expressão mais geral? Por que não são incluídos os ascendentes, os quais também são herdeiros necessários e podem, conseqüentemente, ter o seu direito à herança prejudicado pelo casamento do viúvo – e por que não falar também nos herdeiros e legatários testamentários, os quais também podem ser prejudicados pelo novo casamento? É possível arriscar uma resposta para essas perguntas, a partir da crítica realizada, em outro ponto (cf. nº 4.2.1.1), sobre o modelo de família, com o qual foi moldado o direito hereditário brasileiro. Os filhos eram (e continuam a ser) os herdeiros necessários mais comuns; contudo, como a esperança de vida era, em fins do século XIX e início do século XX, muito mais baixa do que hoje, era natural que esses descendentes herdassem ainda em tenra idade, razão capaz de justificar esse cuidado extraordinário com o quinhão hereditário dos filhos²⁴⁹. Com a elevação da esperança de vida, tornou-se questionável o motivo de somente os filhos terem essa

²⁴⁹ Vale a lembrança de que essa causa suspensiva é idêntica à trazida pelo antigo impedimento impediente do inc. XIII, do art. 183, do Código Civil de 1916.

proteção. Com efeito, o direito à herança dos outros herdeiros seria menos importante? Se os netos forem os herdeiros necessários, em virtude da morte de seus pais, o avô viúvo poderá casar-se em regime de comunhão de bens sem dar a partilha aos netos? Pela literalidade do dispositivo, fica difícil sustentar uma resposta negativa a esta última pergunta. Da mesma forma, se os herdeiros necessários forem os ascendentes. Claro, o fato de essas hipóteses não se enquadrarem na causa suspensiva não obstará uma forma de acautelamento do direito por outra via disponibilizada pelo ordenamento (ex., medidas cautelares); todo o modo, a causa suspensiva é um meio mais eficiente e célere para evitar a confusão patrimonial decorrente de um casamento em regime de comunhão – e fica, para o legislador, o dever de adequar essa lei às condições mais atuais da sociedade e à fundamentalidade do direito à herança, o qual reclama a máxima proteção possível.

Outro aspecto a ser destacado: por que somente os filhos do viúvo com o *de cuius*? A exclusão da proteção do direito à herança de filhos apenas do hereditando responde a outro ponto fundamental da velha estrutura do direito de família do Brasil: a proteção exclusiva (ou, pelo menos, muito mais ampla) dos filhos havidos na relação casamentária. A legislação dá mais um sinal claro de preferência pela proteção dos filhos oriundos do casamento, em detrimento dos demais. É exatamente por isso que a lei fala em filho do *cônjuge* falecido e despreza os possíveis filhos do sucedendo com outros indivíduos, que não seu ex-cônjuge. Essa ideia, como já se viu, deixa menos acobertado o direito à herança de filhos exclusivos do morto, os quais são mais necessitados de proteção jurídica que os filhos com o viúvo. Atualmente, ainda se poderia questionar o motivo de a lei não ter abrangido também os filhos do *companheiro* supérstite nessa hipótese, considerando que há, igualmente, um regime de bens na união estável – e que um regime de comunhão em um novo casamento, ou até em uma nova união estável, pode acarretar misturas patrimoniais prejudiciais aos herdeiros, legítimos ou testamentários²⁵⁰.

Por todo o exposto, a fundamentalidade do direito à herança reclama uma reformulação completa dessa causa suspensiva. Sem afrontar a decisão do legislador constituído, é admissível incluir, na hipótese do inc. I, do art. 1523, o caso

²⁵⁰ Naturalmente, no caso da união estável, haveria o problema de não haver qualquer registro dessa união. Todo o modo, isso poderia ser objetado pelos interessados, durante a habilitação para o casamento, como ocorre com os impedimentos e as causas suspensivas.

dos filhos exclusivos do sucedendo. Mesmo essa interpretação não é o suficiente para uma proteção ampla do direito à herança, pois não abrange os outros herdeiros, legítimos ou testamentários, os quais também podem ser prejudicados com a ausência da partilha, antes do casamento do viúvo em regime de comunhão. Não conta com solução, outrossim, a questão ligada à união estável: o companheiro supérstite jamais incorreria na causa suspensiva, assim como o cônjuge viúvo, que pretendesse ingressar numa união estável, mesmo que escolhesse o regime da comunhão total de bens para o novo relacionamento. Por tudo isso, deduz-se, do direito fundamental à herança, um dever de legislar, a fim de que o legislador tome uma decisão capaz de dar uma proteção mais ampla e mais consentânea com a realidade atual dessa matéria.

3.2.4 O legatário e o direito à posse do bem legado

Art. 1.923. Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva.

§ 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria. (...)

Estes dispositivos dizem respeito à transmissão do legado de coisa certa, mais precisamente do legado puro e simples. No direito romano, ensina Orlando Gomes, o legado somente poderia ser adquirido, caso o herdeiro instituído aceitasse a herança; no direito moderno, a situação é bem diferente, pois o legado é adquirido, mesmo quando falte herdeiro, no momento da abertura da sucessão²⁵¹. Para o caso de legado de coisa certa, portanto, o legatário assume, desde a morte do sucedendo, a propriedade do bem, contanto que essa aquisição não esteja condicionada à ocorrência de evento futuro e incerto, segundo o parágrafo primeiro, transcrito pouco acima. O domínio também não é transmitido, imediatamente, ao legatário em outras hipóteses de legado, a saber: (1) no de opção (antes da escolha); (2) no de quantidade ou gênero; (3) no alternativo; (4) no de simples usufruto; (5) no de coisa pertencente a herdeiro ou a terceiro²⁵². Para Carlos

²⁵¹ Cf. *Sucessões*. 13. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 191.

²⁵² À guisa de esclarecimento, vale a seguinte nota: de acordo com o art. 1912, do Código Civil, o legado de coisa certa não pertencente ao testador, à época da abertura da sucessão, é ineficaz. No artigo seguinte, é dito que, se o testador ordenar a um herdeiro ou legatário a entrega de coisa de sua propriedade a outrem, caso a determinação não seja cumprida, entender-se-á que houve renúncia à

Maximiliano, nas três primeiras hipóteses, a aquisição não é imediata, porque não se sabe, ao certo, o que tocará ao legatário; na quarta, não se transmite propriedade; na quinta, a realização do legado fica subordinada ao alvedrio de outrem²⁵³. Se o caso é de legado submetido a termo inicial, a propriedade transmite-se desde a abertura da sucessão, pois o termo não impede a aquisição do direito, apenas suspende o seu exercício²⁵⁴. Seja como for, tanto na pendência de condição suspensiva, quanto na pendência do termo inicial, os frutos produzidos pelo objeto do legado não tocarão ao legatário, até ao implemento da condição ou advento do termo (art. 1923; § 2º, do Código Civil).

O direito ao legado, nos termos do *caput* do art. 1923, surge, para o legatário, com a morte do testador, mesmo que o beneficiado nem tenha conhecimento disso. Pelo fato de a transmissão do direito dar-se logo, este poderá ser transmitido aos herdeiros do legatário, caso ele venha a falecer sem realizá-lo. Posto nascido com a abertura da sucessão, o exercício do direito de pedir o legado deve ocorrer apenas após o julgamento da partilha, pois é o momento no qual terão sido feitas as verificações das forças da herança, com a dedução do passivo, a individualização dos quinhões etc²⁵⁵. O pagamento antecipado do legado, isto é, feito antes da partilha, é defendido, por vezes, por representar um prestígio da vontade do testador; além disso, isso evitaria uma espera do legatário, não raro longa, pelo desfecho do inventário. O pagamento antecipado ainda traria um alívio para a herança, pois, a partir da entrega, as despesas de manutenção passariam a correr por conta do legatário, e não mais pelas forças do espólio. Por fim, o ato não representaria risco representativo aos credores, porque, se houver a necessidade de redução das disposições testamentárias, em primeiro lugar devem entrar as quotas dos herdeiros instituídos – e no caso de insuficiência destas, serão reduzidos os

herança ou ao legado. Pela leitura dos dispositivos, pode parecer impossível a existência de um legado de bem de terceiro, pois, ou o bem é do testador, ou é do herdeiro (ou do legatário). Entretanto, é admitida a cláusula segundo a qual o testador estabelece um legado de bem alheio, colocando a aquisição deste bem e a sua entrega a outrem como condições (ou encargos) para a aquisição de uma herança ou de um legado. Assim, o herdeiro instituído e o legatário, nestas condições, não poderão gozar de sua liberalidade, se não cumprirem o encargo imposto pelo testador (nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 535).

²⁵³ Cf. *Direito das sucessões*. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 367.

²⁵⁴ Cf. VELOSO, Zeno. *Comentários ao código civil*. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 252.

²⁵⁵ Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 765; GOMES, Orlando. *Sucessões*. 13. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 193.

legados (art. 1967; § 1º)²⁵⁶. A tese é atraente, pois privilegia, a um só tempo, o direito à propriedade do sucedendo e o direito à herança do legatário; todavia, é um risco à solvabilidade da herança, motivo pelo qual é perfeitamente possível que a entrega antecipada seja condicionada à prestação de caução, para dar maior segurança aos credores do espólio.

Sendo o legado puro e simples, não se poderá exercer o direito de pedir o legado, se houver discussão sobre a validade do testamento (art. 1924, do Código Civil). O direito de pedir o legado poderá ser exercitado contra: (1) o testamentário; (2) certos herdeiros; (3) o herdeiro, ou legatário, a quem pertencer a coisa; (4) todos os herdeiros. Quando o testamentário estiver na posse e na administração da herança, incumbe-lhe, dentre outras funções, o pagamento dos legados e dos encargos da herança. O direito deverá voltar-se contra certos herdeiros, quando o testador houver designado a execução do legado a apenas alguns deles (ou a um só). Na situação 3, o herdeiro, ou legatário, a quem pertencer o bem objeto do legado, ao fazer o pagamento, terá direito regressivo contra os demais herdeiros, os quais terão de contribuir na força dos seus quinhões, salvo se o testador dispuser em sentido contrário. Fora desses três casos, a pretensão de entrega do bem do legatário voltar-se-á contra todos os herdeiros, cada um dos quais com responsabilidade proporcional ao quinhão recebido²⁵⁷.

Feitas essas considerações sobre o legado de coisa certa, fica patente uma diferença entre o herdeiro e o legatário, sobretudo em face do primeiro parágrafo do artigo em comento. Na expressiva dicção de Orosimbo Nonato, o “traço diferencial mais colorido” entre herdeiros e legatários reside em que, com a morte do sucedendo, os primeiros investem-se, de imediato, na posse e no domínio da herança, ao passo que, para os segundos, surge o direito de pedir a coisa legada aos herdeiros, embora a coisa legada já lhes pertença deste a morte do hereditando²⁵⁸. Foram repassados, em outro ponto, os efeitos da abertura da sucessão em relação aos herdeiros, comentando-se o direito de *saisine*. Pela leitura do § 1º, do art. 1923, pode entender-se que não há posse do legatário, seja de que

²⁵⁶ Esses argumentos são lançados por LIMA, Márcio Kammer. *Pagamento do legado antes da partilha atende melhor os sucessores*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2009-jul-17/pagamento-legado-antes-partilha-atende-melhor-sucessorios#_ftnref23_9779. Consulta em 09/03/2015.

²⁵⁷ Cf. OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 562-563.

²⁵⁸ Cf. *Estudos sobre a sucessão testamentária*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 15.

natureza for, até à entrega da coisa. Ao abordar a questão, com referência ao art. 1690, do Código Civil de 1916, equivalente ao 1923, do atual, Pontes de Miranda indaga: qual a posse transmitida do testador ao herdeiro, quiçá ao testamentário, e daquele ou desse ao legatário? Será apenas a imediata (ou direta), com o que o legatário recebe, com a morte, a mediata (ou indireta)? Ou o legatário nenhuma posse tem, até ao pagamento do legado? A questão, ainda segundo o autor citado, é de alta relevância prática e teórica, porque, se o legatário nenhuma posse tem, ele não poderá mover interditos possessórios na defesa do que o testador lhe dirigiu; apesar de não ter a *saisine*, o legatário poderia mover os interditos, caso tivesse, de logo, a posse indireta, pelo sistema de posse adotado pelo Código Civil²⁵⁹.

A resposta a essa pergunta ganha novo fundamento, quando se considera a fundamentalidade do direito à herança. Para deixar mais clara a relação entre a interpretação que será oferecida e o caráter jusfundamental do direito à herança, será conveniente separar o desenvolvimento desse argumento em outro número, no qual se repassará, a breve passo, a distinção entre posse direta e posse indireta. Alguns aportes sobre a coexistência dessas duas posses para o mesmo bem darão um bom contributo para a oferta de respostas às perguntas feitas por Pontes de Miranda.

3.2.4.1 O direito fundamental à herança e o problema da posse do legatário

Pela *saisine*, na lição de Clóvis Beviláqua, abrem-se quatro consequências para os herdeiros: (1) não necessitam de pedir imissão na posse ao magistrado, pois a lei resolve essa questão; (2) podem manejar os interditos possessórios; (3) podem tocar, sem solução de continuidade, as ações possessórias propostas pelo autor da herança; (4) transmitem, aos seus herdeiros, o direito de pronunciamento sobre a herança (aceitação ou renúncia), caso faleçam antes de fazer isso²⁶⁰. Com esse rol de efeitos em relação ao herdeiro, podemos indagar: em relação ao legatário de coisa certa, no legado puro e simples, quais desses efeitos valem? Dado o fato de a propriedade do legado transmitir-se desde a abertura da sucessão, em que, a propósito dessas consequências, a posição jurídica do

²⁵⁹ Cf. *Tratado de direito privado*. v. 57. 3. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984. p. 230-231.

²⁶⁰ Cf. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 6. 10. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. p. 7.

legatário se aproxima ou se afasta da posição do herdeiro? A exata estipulação da condição do legatário guarda grande relevo, pois, se examinadas a fundo, todas essas quatro consequências, listadas por Beviláqua, são dadas por normas cuja função é proteger, de maneira ainda mais intensa, o direito à herança do herdeiro. Com efeito, não precisar de um mandado de imissão de posse facilita o domínio sobre os bens da herança, que se transmitiram e que permanecerão em estado de comunhão até à partilha. A legitimidade para figurar nos interditos possessórios, seja originalmente, seja em substituição ao *de cuius*, é muito importante, pois são remédios processuais céleres e eficazes na defesa da posse. Sobre a transmissão do direito ao legado no caso de morte do legatário, já se viu que esse direito é transmitido aos herdeiros. Portanto, a discussão gira em torno dos três primeiros efeitos.

Em relação ao primeiro, a lei dá resposta clara. O legatário não pode entrar, por autoridade própria, na coisa legada, sob pena de cometer o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, do Código Penal)²⁶¹. Há uma razão para ser assim, como já se falou, ligada à dedução dos passivos da herança. Mas, se é verdade que o legatário deve esperar até à realização da partilha para exercer seu direito de pedir o bem legado, é também verdade que esse momento pode demorar bastante. Exatamente nesse ponto, o direito à herança do legatário sofre óbices, pois ele não pode tomar o controle imediato da coisa; em outra frente, os próprios herdeiros podem não ter interesse na defesa do bem, pelo fato de os seus quinhões não serem atraentes, por exemplo. Esse conjunto de possibilidades ressalta a relevância da proteção da situação do legatário, a fim de cumprir, na máxima medida, o comando constitucional de proteger a herança, de maximizar a possibilidade de um herdeiro (aqui, em sentido amplo) ter as melhores condições possíveis de recusar sua herança, ou de receber aquilo, tudo aquilo e exatamente aquilo que aceitou. O problema da posse do legatário atinge o centro da atenção.

²⁶¹ Para Pontes de Miranda, apoiado em Manuel Ribeiro Neto e José Homem Correia Teles, o legatário poderia entrar por conta própria na posse do bem legado, desde que houvesse disposição testamentária nesse sentido, pois a vedação legal seria norma dispositiva (cf. *Tratado de direito privado*. v. 57. 3. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984. p. 232). A defesa dessa tese tem duas complicações básicas: (1) o conflito que pode surgir dessa tomada por fina força do legatário, caso haja algum possuidor no bem; (2) o prejuízo para os credores da herança. Com isso, é mais razoável sustentar que a manifestação de vontade do hereditando, pela investidura imediata do legatário deve ser um motivo a favor do pagamento antecipado do legado, o qual se deverá fazer em justa composição de todos os interesses envolvidos no caso, notadamente os dos herdeiros e dos credores.

Em virtude da expressão da lei sobre não ser deferida, ao legatário, a posse do bem, há quem afirme que não se transmite posse alguma ao legatário²⁶², motivo pelo qual apenas ao herdeiro caberá o uso dos interditos para a defesa do bem legado²⁶³. Essa interpretação promove uma limitação inequívoca no direito à herança do legatário, pois impede que ele, maior interessado na conservação do bem, promova ações possessórias capazes de fazer frente a eventuais ameaças à coisa legada. Por mais que, dentro desse entendimento, fosse conferida ao legatário a possibilidade de ele promover certas ações cautelares, para a proteção do direito, que ele já tem, não haveria a abrangência, nem a celeridade, das ações possessórias. Para esta interpretação, portanto, haveria, fundamentalmente, o direito de reivindicar a coisa legada, decorrente da propriedade do legatário.

Para outros setores, a interpretação dos dispositivos comentados neste passo demanda, para não ser contraditória, a distinção entre posse direta e posse indireta. O *caput* do art. 1923 revelaria a transmissão imediata de uma posse indireta ao legatário, enquanto o seu primeiro parágrafo faria referência apenas à posse direta. Somente assim não haveria uma contradição entre os dois dispositivos; a contradição é apenas aparente, porque se deve lançar mão dessa distinção entre tais posses²⁶⁴. A diferença entre posse direta (ou imediata) e posse indireta (ou mediata) remonta ao art. 1197, do Código Civil²⁶⁵ (equivalente ao art. 486, do Código Civil de 1916²⁶⁶). Para explicar o tema, Serpa Lopes aduz à partilha da posse no plano vertical, o qual conhece duas modalidades (no plano horizontal, existe a figura da compossessão, na qual há pluralidade de possuidores, cada um dos quais reconhecendo, nos outros, direito absolutamente idêntico sobre a mesma coisa, proporcionalmente à quantidade abstrata ou concreta partilhada por todos). Na primeira, relativa à diferença entre posse e detenção, existe uma hierarquia de “alta intensidade”, pois nenhum é o direito do detentor em relação à coisa confiada ao seu

²⁶² Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 6. 10. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958. p. 115.

²⁶³ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 367.

²⁶⁴ Cf. AMORIM, Sebastião Luiz. *Código civil comentado*. v. 19. São Paulo: Atlas, 2004. p. 194.

²⁶⁵ “Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.”

²⁶⁶ “Art. 486. Quando, por força de obrigação, ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta.”

poder²⁶⁷. No segundo caso, porém, a relação de subordinação hierárquica é menos intensa, de aspecto relativo, porquanto o possuidor direto é dotado de um conjunto de direitos, de acordo com o título jurídico, do qual sua posse decorre, além do poder imediato sobre o bem. A posse direta teria as seguintes características: (1) eminentemente derivada, pois decorre do direito de quem a concedeu, como no caso do usufruto, no qual alguém concede esse direito a outrem, retendo a posse indireta; (2) limitada no tempo e no espaço: no tempo, porque ela tem a tendência a retornar ao patrimônio do possuidor indireto de onde partiu; limitada no espaço, pois seu conteúdo depende do indicado no título causal (por exemplo, a posse de um comodatário é mais limitada, espacialmente, que a de um usufrutuário). A posse indireta já é caracterizada por uma pretensão válida de entrega da coisa, de modo que o possuidor indireto é aquele a quem, unicamente, corresponde a pretensão de entrega do bem sob apreensão do possuidor direto²⁶⁸.

O efeito mais relevante, seguramente, da distinção entre posse direta e posse indireta é a extensão da faculdade de utilização dos interditos possessórios aos dois possuidores, de tal sorte que um pode agir, independentemente do outro²⁶⁹. Não há maiores discussões em relação a isso: os possuidores direto e indireto podem manejar o interdito possessório para a proteção contra intervenções de terceiros na posse do bem. Entretanto, fica a seguinte questão: eles podem utilizar os remédios possessórios entre si? Expressamente, o art. 1197 resolveu a questão,

²⁶⁷ O detentor, de acordo com o art. 1198, do Código Civil, é quem conserva uma coisa em seu poder, em relação de dependência para com outra pessoa, em nome desta e em cumprimento de suas ordens.

²⁶⁸ Cf. *Curso de direito civil*. v. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 127-128, 131. Em lição resumida, Rubens Limongi França afirma que a posse direta implica uma apreensão efetiva da coisa, enquanto a indireta, a rigor, é considerada posse porque o ordenamento assim admite, motivo pelo qual alguns autores alegam que ela seja uma ficção jurídica (cf. *A posse no Código Civil: noções fundamentais*. São Paulo: José Bushatsky, 1964. p. 16). Que a posse indireta seja, ou não, uma ficção – e o que isso significaria – não é uma questão relevante. O mais importante é perceber a importância do desdobramento dessa posse e dar conta da solução prática que ele traz, ao possibilitar a concorrência dessas duas posses, harmônicas entre si, e que ofertam proteção mais ampla a todos os possuidores. Além disso, na perfeita observação de Gustavo Tepedino, quando alguém transmite parte do aproveitamento econômico do bem (como a posse direta), exerce a faculdade de disposição, uma das faculdades inerentes ao domínio; conseqüentemente, pelos termos do art. 1196, do Código Civil, quando se exercita pelo menos um dos poderes inerentes ao domínio, tem-se posse. Portanto, a transferência da posse direta encerra um inequívoco ato de posse, realizado por quem passará a ser o possuidor indireto (cf. *Comentários ao Código Civil*. v. 14. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74). Sobre a utilidade da posse indireta, assim como para a discussão sobre se é uma ficção, cf., ainda, FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 10. ed. Atualizada por Marco Aurelio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 24-25.

²⁶⁹ Diante da solução legal, ficou no passado a tese de juristas como Joaquim Gondim Neto, para quem a posse indireta não é posse como a dos outros possuidores, é uma ficção, a qual se reduz à faculdade de utilizar, *subsidiariamente*, as ações possessórias, para reprimir atos ilegais praticados contra o verdadeiro possuidor (cf. *Posse indireta*. Recife: Imprensa Industrial, 1943. p. 9).

sobre a proteção possessória do possuidor direto contra o possuidor indireto. Assim, por exemplo, se um locador esbulhar um seu locatário, este poderá mover uma ação de reintegração de posse contra aquele. E o contrário? As opiniões dividem-se, havendo, atualmente, a tendência a um consenso pela possibilidade da defesa possessória nos dois sentidos. Para alguns autores, o possuidor indireto, frente ao outro possuidor, encontraria proteção suficiente nas relações jurídicas existentes entre ambos, sem haver necessidade de utilização dos interditos²⁷⁰.

Em sentido contrário, entende-se que, muita vez, o uso dos remédios possessórios atua de maneira mais eficaz do que se o pleito partir com fundamento nas relações jurídicas das quais decorre a bipartição da posse²⁷¹. Caio Mário da Silva Pereira dá o seguinte exemplo: um locatário começa a fazer uma exploração de pedreira no terreno alugado, algo não permitido pelo contrato²⁷². Nesta situação, o interdito possessório pode atuar para fazer com que o locatário dê a destinação acordada, já que uma destinação diversa é prejudicial à posse indireta do locador; nenhuma outra ação teria a mesma celeridade que a possessória para tanto. Na justificativa desse entendimento, Arruda Alvim e Mônica Bonetti Couto observam que a função da posse indireta é a proteção da coisa em relação a terceiros, em prol do possuidor direto, pois o possuidor indireto estaria protegido pela relação jurídica mantida com o direto; entretanto, é perceptível que o possuidor indireto tem interesse, ao menos mediato, no resguardo da coisa, “diferentemente do interesse do possuidor direto, que é imediato.” Nesse sentido, não seria válida, em qualquer circunstância, a afirmação de que a relação jurídica havida entre ambos sempre protege exclusivamente o possuidor direto contra o indireto; pelo interesse do possuidor indireto na proteção da coisa, ele também deve ter proteção possessória contra o possuidor direto²⁷³.

Feito esse repasse, resta avaliar qual o melhor entendimento, a respeito da situação jurídica do legatário. Em jogo, como visto, está o seu direito fundamental

²⁷⁰ Nesse sentido, cf. o trabalho citado na nota anterior, no mesmo local.

²⁷¹ Cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 128-129, nota 86, com exemplos envolvendo o contrato de locação.

²⁷² Cf. *Instituições de direito civil*. v. 4. 21. ed. Revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27.

²⁷³ Cf. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. v. 11. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 103, nota 190. Na nota citada, os autores informam a existência do Projeto de Lei nº 276/07, o qual propõe a extensão da proteção possessória ao possuidor indireto, contra o possuidor direto. Esse Projeto de Lei foi arquivado, mas ainda há, em trâmite, outro Projeto, com idêntica proposta de alteração do art. 1197, do Código Civil (cf. Projeto de Lei nº 699/11).

à herança. Da perspectiva deste direito, a posse indireta do legatário representa, inquestionavelmente, uma maximização do seu direito. O fato de poder utilizar-se da proteção possessória, mesmo quando os herdeiros quedem inertes, representa um ganho muito interessante, pois pode acontecer de estes não terem o devido cuidado na vigilância do bem legado. Como é fácil de perceber, o legatário é *diretamente* interessado, e nisso se afasta, um tanto, da opinião de Arruda Alvim e de Mônica Couto, na proteção do bem, cuja propriedade já se lhe transferiu. Diretamente interessado, porque faz *ius* aos frutos da coisa que lhe foi legada desde a abertura da sucessão – e aguarda pelo momento de exercer seu direito de pedi-la. Fica claro, destarte, o ganho trazido pela tese da posse indireta. Em outra face, não há prejuízo algum para os outros envolvidos, pois isso não prejudica a posição dos demais herdeiros, os quais continuam legitimados à propositura dessas ações, muito menos a posição dos credores da herança – aliás, os credores devem ter todo o interesse de ver o maior número possível de pessoas competentes para a defesa possessória dos bens do espólio. Conseqüentemente, nós temos um ganho para o direito à herança do legatário, sem interferências nas esferas jurídicas das outras pessoas ligadas à situação, razão pela qual essa interpretação deve prevalecer; ela realiza, na máxima medida, um direito fundamental. Pelas mesmas razões, também deve prevalecer a tese de acordo com a qual o possuidor indireto deve ter proteção sucessória contra o possuidor indireto, mormente quando a proteção decorrente das relações jurídicas mantidas entre os dois seja menos célere ou eficaz que a possessória; outra vez, seria concedido um privilégio ao direito à herança do legatário, sem que outras situações jurídicas fossem limitadas por isso.

3.3 SÍNTESE CONCLUSIVA

As considerações deste capítulo, o qual se encontra ligado, de muito perto, ao capítulo segundo, dão conta de um dos grandes intentos desta tese: demonstrar que a inclusão do direito à herança na Constituição brasileira não pode ser encarada como algo desprovido de maior significado. Ao intérprete, diante de uma inovação dessa natureza, cabe, admitida a natureza das normas-princípio como mandamentos de otimização, buscar a interpretação que mais proteção confira aos direitos individuais. Nesse sentido, empreendeu-se todo o esforço, no segundo capítulo, pela estruturação de um âmbito de proteção do direito à herança, distinto

do âmbito de proteção do direito à propriedade, para explorar as suas potencialidades, decorrentes da constitucionalização. Num dos pontos, acerca da sucessão necessária, não se chegou a uma conclusão distinta daquela a que se chegaria, se o direito à herança não fosse constitucional; o direito violado é o direito à propriedade. Entretanto, a abordagem do problema à luz da fundamentalidade do direito à herança não deixa de ser relevante, para reforçar a tese segundo a qual não existe direito fundamental a uma determinada conformação infraconstitucional da sucessão. Além disso, o caso serviu para lançar vários argumentos importantes, os quais, colateralmente, indiciam a necessidade de uma separação mais rigorosa entre o direito de família e o direito hereditário. O desenvolvimento desse argumento tomaria dimensões proibitivas para este trabalho, mas o fundamento é simples: tanto quanto possível, as obrigações decorrentes de relações familiares devem ser resolvidas com os instrumentos jurídicos do direito de família, sem impactos nas relações hereditárias. Que nenhum casamento valha, necessariamente, uma herança; que nenhuma união estável valha, necessariamente, uma herança; que nenhuma relação de parentesco valha, necessariamente, uma herança. O fato de haver um direito fundamental à herança não abona essas ligações necessárias. Uma interpretação constitucional sistemática, proposta aqui, sugere o contrário – e isso não será “demérito” algum ao direito de herança; é apenas o resultado de sua coexistência com outros direitos, de igual “dignidade” constitucional.

A interpretação oferecida para o inc. I, do art. 1523, do Código Civil, trouxe à tona a eficácia interpretativa dos direitos fundamentais, ao justificar uma interpretação extensiva de norma restritiva de direito, bem como ressaltou a relevância dos deveres de proteção, surgidos da consagração de direitos fundamentais (eficácia informadora). Como defendido, essa causa suspensiva, com os seus exatos termos, deixa entrever a estrutura oitocentista de pensamento social, a qual ainda lastreia boa parte do direito hereditário brasileiro. Percebe-se, em tais circunstâncias, como o legislador deve ficar atento à necessidade de correção e de atualização das leis, para efetuar a devida adequação da legislação infraconstitucional aos câmbios havidos na compreensão das matérias inseridas na Constituição. Esse dever deve ser ainda mais ressaltado quando se tem uma Constituição tão prolixa quanto a brasileira, que trouxe para seu bojo várias matérias em constante evolução. Sobre a questão da exclusão dos colaterais como efeito da sentença de declaração de vacância da herança, a eficácia invalidatória foi

trabalhada, pois a limitação reafirmada pelo atual Código Civil fere, concomitantemente, o direito à propriedade do sucedendo e o direito à herança dos colaterais. A propósito da posse do legatário, a eficácia interpretativa foi decisiva, para tomar-se uma decisão a favor de uma interpretação já existente na literatura, mas ainda não unânime.

Outras matérias de direito hereditário podem ganhar novos matizes e, talvez, novas conclusões, com as bases assentadas neste trabalho. Apenas para citar um exemplo, ligado à questão da sucessão necessária: o testamento deve ser necessariamente rompido no caso ignorância, pelo *de cuius*, de algum herdeiro necessário, por mais que es tenha nenhuma necessidade de patrimônio para sobreviver com dignidade?²⁷⁴ Uma relação de parentesco, ignorada, deve mesmo ter o condão de tornar nenhuma as disposições testamentárias de uma pessoa, ao arrepio do seu poder de disposição? Ainda para exemplificar, a fundamentalidade do direito à herança, nos moldes propostos aqui, pode oferecer interesses aportes à discussão sobre o direito hereditário dos filhos havidos por inseminação *post mortem*, questão tormentosa no direito brasileiro. A inserção do direito à herança na Constituição, definitivamente, traz inúmeras consequências para a interpretação e para a construção do direito hereditário, cujo desenvolvimento ainda poderá render frutos significativos aos civilistas.

²⁷⁴ Dispõe o Código Civil: “Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.”

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o trabalho foi desenvolvido com o intuito de buscar uma resposta à seguinte pergunta: qual o significado da inclusão do inc. XXX, do art. 5º, da Constituição brasileira? Diante da novidade do atual diploma constitucional, a pergunta não se poderia deixar de colocar; ainda que se opte por uma interpretação que não dê maior relevância à opção do constituinte, uma justificativa para esse entendimento (como para qualquer outro) sempre precisa de ser lançada. Dentro do recorte eleito, a resposta a essa pergunta passou por fases diferentes: em primeiro lugar, foi repassado o contexto mais geral dos direitos fundamentais na atual Constituição e a explicitação dos elementos teóricos jusfundamentais a ser utilizados no enfrentamento dos problemas escolhidos de direito hereditário, cuja resolução pudesse ganhar novos contornos com a abordagem de direitos fundamentais sufragada.

No primeiro capítulo, defendeu-se a adequação da teoria dos princípios de Robert Alexy para a estrutura do direito à herança. Este direito estaria consagrado por uma norma-princípio: encerra um valor jurídico que deve ser realizado na máxima medida possível, a poder encontrar limitações por razões de ordem fática ou jurídica. Deste modo, qualquer restrição ao direito à herança será admissível se, e somente se, houver uma justificativa constitucional para isso, respeitada a lei do sopesamento, segundo a qual uma intervenção em um direito fundamental se justifica na medida da importância da realização das circunstâncias justificadoras dessa interferência. A fundamentalidade do direito à herança decorre da sua consagração constitucional; defende-se, pois, uma fundamentalidade formal dos direitos para o sistema brasileiro: uma vez admitido pela Constituição, um direito contará com o regime jusfundamental. A matéria do direito não é relevante diante da decisão do constituinte de inclui-lo, ou não, no sistema constitucional, expressa ou implicitamente. Por conseguinte, o direito fundamental à herança integra, no regime da atual Constituição, o plexo de direitos fundamentais individuais e conta com toda a proteção franqueada a direitos dessa natureza no ordenamento jurídico nacional.

O primeiro grande reflexo da fundamentalidade do direito à herança está relacionado ao impacto sobre a atividade legislativa. Surgem vinculações negativas e positivas para o legislador. Na vertente negativa, ele não poderá eliminar, injustificadamente, qualquer posição jurídica protegida pelo direito à herança, de tal

sorte que surge a pretensão, para os indivíduos, de fazer cessar qualquer intromissão legislativa nesse sentido. Em outra face, o direito fundamental à herança gera uma vinculação positiva para o legislador, o qual fica incumbido de promover uma legislação protetiva para esse direito; no limite, surgem deveres de criminalização de condutas, a fim de resguardar o direito à herança. Naturalmente, todos os outros poderes constituídos, além dos particulares, deverão respeitar e proteger o direito à herança; todo o modo, o trabalho se concentra nas relações com o legislador, com a legislação infraconstitucional, motivo pelo qual não há a necessidade de um aprofundamento sobre a vinculação dos outros poderes públicos, nem da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O trato mais detido das consequências da constitucionalização do direito à herança, sobretudo numa abordagem de cunho mais analítico, demanda a utilização precisa de conceitos com os quais se trabalha. Nesse sentido, trabalhou-se a terminologia das restrições a direitos fundamentais, de sorte a considerar limitação a tais direitos qualquer diminuição do seu âmbito de proteção; as limitações podem ser divididas em restrições e violações a direitos fundamentais: as restrições são limitações justificadas constitucionalmente, respeitados os limites para as limitações (notadamente a proporcionalidade); as violações não contam com fundamentação constitucional bastante para limitar o direito fundamental – e é contra estas que a proteção lança seus efeitos. Um dos grandes desafios do trabalho, conexo ao das restrições, é o estabelecimento do âmbito de proteção do direito à herança. A literatura não promove esforços sistemáticos para diferenciar o âmbito de proteção do direito à herança do âmbito de proteção do direito à propriedade, pois se compreende o direito à herança como um “reforço” do direito à propriedade, um elemento de garantia da transmissão do patrimônio de uma pessoa aos sucessores. Essa construção precisa de ser rechaçada. Se se compreende como âmbito de proteção do direito à propriedade o conjunto de atos, fatos e posições ligados ao uso, à fruição, à disposição e à reivindicação de um bem, não haveria necessidade de qualquer proteção conexa à propriedade para evitar a arrecadação dos bens pelo Estado após a morte do proprietário. A própria faculdade de disposição daria conta de proteger a destinação dos bens de uma pessoa, ainda que por disposição de última vontade. Não fosse o bastante, se o direito à herança acabasse, como pretendem alguns autores, sendo titularizado pelo autor da herança e pelo herdeiro,

haveria situações completamente inexplicáveis, como na herança necessária. Neste caso, para realizar o direito à herança de uma pessoa, o poder de disposição de outra é restringido; destarte, não se pode afirmar que as duas pessoas envolvidas sejam titulares do direito à herança. Torna-se indispensável a separação dos âmbitos de proteção, de modo que ficou mais adequado tratar o âmbito de proteção do direito à herança como o conjunto de atos, fatos e posições ligados à possibilidade de uma pessoa aceitar, ou recusar, o patrimônio de outra, que deixou de existir. O âmbito de proteção deve ser considerado com a maior amplitude, decorrência natural da adoção da teoria dos princípios. Com isso, tem-se um aparato teórico mais preciso para tornar mais operacional o estudo do direito à herança.

O quadro teórico prévio ao estudo de problemas do direito hereditário sob a ótica jusfundamental se fecha com os efeitos da constitucionalização de um direito fundamental, como o direito à herança. É possível separar seis efeitos para o caso brasileiro: (1) eficácia direta, devendo as normas constitucionais conhecer a aplicação, pelo intérprete, tanto quanto possível, mesmo sem alguma interposição do legislador constituído; (2) eficácia derogatória, entendida como recusa de fundamento de validade a qualquer norma anterior à Constituição, que lhe seja contrária; (3) eficácia invalidante, responsável pela nulidade de qualquer norma posterior à Constituição, que lhe seja contrária; (4) eficácia interpretativa, impondo ao intérprete o dever de emprestar significados conformes à Constituição aos dispositivos infraconstitucionais; (5) eficácia informadora, a qual traz para o legislador o dever de obedecer os padrões constitucionais em sua atividade; (6) caráter de cláusula pétrea, tornando o direito fundamental matéria impassível de abolição pelo legislador. Esse rol de efeitos é perfeitamente compatível com a teoria dos direitos fundamentais adotada. Com efeito, todas essas consequências da constitucionalização do direito à herança trabalham exatamente para conferir a ele o máximo de eficácia, o que, por seu turno, é o necessário para ele poder realizar-se na maior medida.

O outro grande objetivo deste trabalho, além do estabelecimento do âmbito de proteção do direito à herança, era a demonstração de que o estabelecimento de todas essas premissas impactava, pelo menos, a forma pela qual a realização de restrições pelo legislador deve ser realizada. Se os direitos fundamentais são restrições às suas próprias restringibilidades, toda e qualquer

restrição deve contar com uma justificativa, capaz de torná-la proporcional. O direito à herança não estará, pois, à mercê do legislador constituído, como estaria, caso não fosse um direito fundamental. Este fato tem, por si só, o condão de ensejar uma revisão completa de todas as restrições ao direito à herança. Por outro lado, a fundamentalidade do direito à herança também põe a questão da avaliação das situações nas quais outros direitos fundamentais são restringidos com base na proteção do direito à herança. Com a exigência da realização deste direito na máxima medida, vem à tona o risco de uma proteção insuficiente, se o direito à herança não for promovido pelo legislador, sobretudo quando a proteção ao direito exigir uma restrição a outros direitos, igualmente fundamentais. Para evitar dimensões exageradamente grandes, foram escolhidas algumas questões de direito sucessório, cuja análise envolvesse situações de restrição ao direito à herança e de restrições a outros direitos, com base no mesmo direito. Para estas considerações finais, tomem-se dois casos: (1) o da herança necessária e (2) o da exclusão dos colaterais após a prolação da sentença de vacância da herança.

No caso da herança necessária, as normas legislativas promovem uma restrição grave ao direito à propriedade, quando constroem metade do patrimônio de uma pessoa, em virtude de ela ter virtuais herdeiros necessários. A justificativa mais aceita, atualmente, para isso é a proteção à família, vazada em deveres de solidariedade entre os seus membros. Apesar de o intuito contar com uma base constitucional relevante, a proteção à família, os meios utilizados mostram-se desproporcionais, pois a propriedade acaba restringida, mesmo quando existem meios no próprio direito de família para solucionar a eventual necessidade de meios para a subsistência das pessoas necessitadas. Ademais, a alteração na concepção de família, a qual parte para uma concepção em que o elemento patrimonial é cada vez menos central nas relações jurídicas, deveria, para ser coerente, afastar esse ramo de direitos hereditários necessários, os quais sequer levam em conta as condições reais de cada pessoa envolvida. Em outra face, a exclusão dos colaterais na sentença de vacância da herança (art. 1822; § único) encerra uma restrição ao direito à herança. Sob uma abordagem jusfundamental, não faz sentido os colaterais serem excluídos dessa forma. Como as regras da sucessão legítima são admitidas como uma manifestação tácita de vontade do morto, esta vontade deve prevalecer, para preservar seu direito à propriedade, e o direito à herança dos colaterais acaba restringido discriminatoriamente, pois não há razão alguma para somente eles,

serem excluídos nesse momento, ficando os demais herdeiros legítimos e testamentários com a possibilidade de arrebatar o quinhão hereditário cabível a cada um.

A consagração constitucional do direito à herança traz, portanto, ao contrário do que pensam certos setores doutrinários, resultados relevantes. Ao conferir o regime jusfundamental ao direito à herança, todas as eficácias das normas constitucionais sobre direitos fundamentais se devem fazer valer. Isso impõe ao intérprete uma disciplina nova, pois todas as restrições ao direito à herança devem obedecer aos critérios para a realização de restrições aos direitos fundamentais, assim como as demais relações do direito à herança com outros direitos fundamentais devem ser interpretadas com essa ótica. Pelos exemplos trazidos no último capítulo, foi possível perceber que, mesmo com a promulgação posterior à Constituição de 1988, o Código Civil brasileiro ainda se ateu à velha ordem do direito hereditário e das matérias conexas a ele, sobretudo a do direito de família. A imposição da fundamentalidade do direito à herança, com a consequente filtragem constitucional das normas do direito civil, ainda poderá basear novos estudos de avaliação das relações entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais ligadas à matéria, de sorte a traçar um quadro global profundo dos resultados dessa constitucionalização.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. On the structure of legal principles. *Ratio juris*, v. 13, n. 3, set., 2000. p. 294-304.

_____. Princípios formais. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: _____. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 3-36.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código civil comentado*. v. 18. São Paulo: Atlas, 2003.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVIM, Arruda; COUTO, Mônica Bonetti. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. v. 11. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AMORIM, Sebastião Luiz. *Código civil comentado*. v. 19. São Paulo: Atlas, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

ARONNE, Ricardo. Comentário ao art. 5º, inc. XXII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 312-314.

_____. *Propriedade e domínio – a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*. 2. ed. Atualizada por Simone Tassarini Cardoso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, v. 1, n. 4, 2001. p. 1-36. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf. Último acesso em 04/11/2014.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

BARBALHO, João. *Constituição federal brasileira*. Rio de Janeiro: Companhia Lytho-Tipographia, 1902 (Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002).

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. v. 20. t. 5. Rio de Janeiro: MEC, 1958. Disponível em <http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>. Último acesso em 04/02/2015.

BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5. ed. Revista e atualizada por Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

_____. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 6. 10. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1958.

_____. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 2. 12. ed. Atualizada por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1960.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez. In: _____. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez e Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 44-71.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, a. 20, n. 59, mai./ago., 2000. p. 29-56.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Villeneuve, 1857.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. 3. reimp. Lisboa: Almedina, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra. 1982.

_____. Omissões normativas e deveres de protecção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et al.* (org.) *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 111-124.

_____. Constituição e défice procedimental. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 69-84.

CARA, Juan Carlos Gavara de. La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007. p. 277-320.

CARBONERA, Silvana Maria. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33-66.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CHAGAS, Márcia Correia. Alimentos. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.) *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 561-608.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. t. 3. 3. ed. Paris: Dalloz, 1922.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; FIGUEIREDO, Sálvio de; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 17. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. IX-CXIV.

CORREIA, Luiz de Moraes. *O direito de propriedade, o domínio e a posse*. Fortaleza: Typo.-Lytho. Gadelha, 1916.

CORREIA, Sérvulo. *O direito de manifestação – âmbito de proteção e restrições*. Coimbra: Almedina, 2006.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Restrições à liberdade de dispor: o testamento no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 293-307.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. Concepto de ley y tipos de leyes: ¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española? *Revista española de derecho constitucional*, n. 24, set./dez., 1988. p. 47-93.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. v. 2. t. 1. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 118-136.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Souza. *Código civil alemão*. Rio de Janeiro: Record, 1960.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código civil comentado*. v. 15. São Paulo: Atlas, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; _____. _____. v. 6. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de (org.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Tratado das heranças e dos testamentos*. São Paulo: Saraiva, 1983.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e garantias individuais: comentários ao artigo 5º da Constituição federal de 1988*. Bauru: Edipro, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El derecho civil-constitucional*. reimp. Madrid: Civitas, 1991.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A posse no Código Civil: noções fundamentais*. São Paulo: José Bushatsky, 1964.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu *et alii* (coord.) *Comentários ao código civil: artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. 10. ed. Atualizada por Marco Aurelio S. Viana. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 7. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O direito de família e a união estável – perspectivas para o século XXI. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *O direito de família após a Constituição Federal de 1988*. p. 127-159.

_____; COLTRO, Antonio Carlos Mathias *et alii*. *Comentários ao código civil brasileiro*. v. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. 3. reimp. Madrid: Civitas, 1994.

GOMES, Felipe Lima. *Omissões legislativas sobre direitos fundamentais: aspectos teóricos*. Saarbrücken: NEA, 2015.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 13. ed. Revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GONDIM NETO, Joaquim Guedes Correa. *Posse indireta*. Recife: Imprensa Industrial, 1943.

GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. v. 16. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 31, n. 65, jan./jun., 2007. p. 25-41.

_____. Derivative norms, principles and optimization: some remarks on Alexy's theory of constitutional rights. In: _____. *A teoria das normas jusfundamentais: a contribuição de Robert Alexy*. Manuscrito, 2007. p. 65-147.

GUERREIRO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislativo a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HERANI, Renato Gugliano. *Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais*. Rio de Janeiro: Método, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao código civil*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

JARDIM, Tarciso del Maso. *Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas*. Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD83-TarcisoDalMaso.pdf. Acesso em 19/01/2014.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice, 1912.

KÄGI, Werner. *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del estado*. Tradução de Sergio Díaz Ricci e Juan José Reyven. Madrid: Dykinson, 2012.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LAURENTIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos*. São Paulo: Malheiros: 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 21. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Márcio Kammer. *Pagamento do legado antes da partilha atende melhor os sucessores*. Disponível em http://www.conjur.com.br/2009-jul-17/pagamento-legado-antes-partilha-atende-melhor-sucessorios#_ftnref23_9779. Consulta em 09/03/2015.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18-28.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limite ao poder de legislar*. Porto Alegre: Fabris, 2001

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. La garantía institucional de la herencia. *Revista derecho privado y constitución*, n. 3, mai./ago., 2004. p. 29-62.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las generaciones de los derechos humanos. *Revista del centro de estudios constitucionales*, n. 10, set./dez., 1991. p. 203-217.

_____. Las generaciones de derechos humanos. *Revista direitos emergentes na sociedade global*, v. 2, n. 1, jan./jun., 2013. p. 164-196. Disponível em www.ufsm.br/redesq. Último acesso em 14/12/2014.

LUQUE, Luis Aguiar de. Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del centro de estudios constitucionales*, n. 14, jan./abr., 1993. p. 9-34.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do advogado*, n. 112, 2011. p. 79-87.

_____. Comentário ao art. 5º, inc. XXX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 337-342.

MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios: constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto dos Santos, 1918 (Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005).

_____. *Direito das sucessões*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

_____. _____. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales: forma de estado y derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007. p. 321-357.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao código civil brasileiro*. v. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MORAES, Carlos Blanco de. *As leis reforçadas: as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*. Coimbra: Coimbra, 1998.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Princípios constitucionais e o direito das sucessões. *Revista Forense*, a. 103, v. 390, mar./abr., 2007. p. 45-55.

MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Fundamentos da sucessão legítima. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coors.) *Manual de direito das famílias e das sucsões*. Belo Horizonte: Del Rey/Mandamentos, 2008. p. 663-687.

_____. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NONATO, Orozimbo. *Estudos sobre a sucessão testamentária*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

_____. _____. v. 2. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de herança: a nova ordem de sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 6. 21. ed. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (Versão digital)

_____. _____. v. 5. 22. ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. _____. v. 4. 21. ed. Revista e atualizada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. 4. ed. Anotações e adaptações ao código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A transmissão da obrigação alimentar. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 309-320.

PERLINGIERI, Pietro. *Profili istituzionali del diritto civile*. Camerino: Università di Camerino, 1975.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. v. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Tratado de direito privado*. v. 55. 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972 (reimpressão da Editora Revista dos Tribunais).

_____. _____. v. 57. 3. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PUENTE, Marcos Gómez. *La inactividad del legislador*. una realidad susceptible de control. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

QUADROS, Fausto de. Omissões legislativas sobre direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.) *Nos dez anos da Constituição*. Lousã: Casa da Moeda/Imprensa Nacional, 1987. p. 57-66.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. *Direitos fundamentais*: teoria geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

RÁO, Vicente. *Direitos da mulher casada sobre o producto de seu trabalho*. São Paulo: Fragale & Cia, 1927.

RIBES, Didier. Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative. *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 3, 1999. p. 237-274.

RODRIGUES, Sílvio. *Comentários ao Código Civil*. v. 17. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Código civil comentado*. v. 6. t. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRÍGUEZ, José Júlio Fernández. *La inconstitucionalidad por omisión*: teoría general, derecho comparado, el caso español. Madrid: Civitas, 1998.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. v. 4. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

_____. _____. v. 10. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008.

_____. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____ (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 183-212.

_____. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 10, 2006. p. 303-354.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

SCALISI, Vincenzo. Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto. *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, a. 43, n.2, jun., 1989. p. 387-420.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. Tradução de Joaquín Abellán. *Revista de estudios políticos*, n. 7, jan./fev., 1979. p. 7-35.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Roberta Mauro e. Relações reais e relações obrigacionais: propostas para uma nova delimitação de suas fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 69-98.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 1, 2003. p. 607-630.

_____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Teoría de los principios, competencia para la ponderación y separación de poderes. Tradução de Virgílio Afonso da Silva e Pablo Gasparini. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 243-259.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 5. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Tradução de F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988.

SOUZA, Sebastião de. *Da herança jacente*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1941.

STRECK, Lenio Luis. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Vers%C3%A3o-final-da-Untermassverbot-08-07-art-33-1.pdf>. Acesso em 22/06/2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. v. 6. 8. ed. São Paulo: Método, 2015. (Versão digital)

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 321-349.

_____. Prefácio. In: NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. IX-XI.

_____. Prefácio. In: NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004 [s. p.]

_____. Normas de direito constitucional e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: _____. *Temas de direito civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 21- 46.

_____. *Comentários ao Código Civil*. v. 14. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista do advogado*, v. 76, jun., 2004. p. 33-39.

_____; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et alii*. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao código civil*. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIOLANTE, Carlos Alberto. *Herança jacente e herança vacante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.