

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA
SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO

EDUARDA SCHILLING LANFREDI

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA À LUZ DO DIREITO
SUCESSÓRIO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL
ACERCA DA POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA LEGÍTIMA**

PORTO ALEGRE

2021

EDUARDA SCHILLING LANFREDI

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA À LUZ DO DIREITO
SUCESSÓRIO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL
ACERCA DA POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA LEGÍTIMA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais.

Orientador: Prof. Dr. Maurício Martins Reis

PORTO ALEGRE

2021

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Schilling Lanfredi, Eduarda

O princípio da autonomia privada à luz do direito sucessório contemporâneo: uma análise constitucional acerca da possibilidade da relativização da legítima / Eduarda Schilling Lanfredi. -- Porto Alegre 2021.

139 f.

Orientador: Maurício Martins Reis.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Estado de Direito. 2. Autonomia. 3. Legítima. 4. Corte Suprema. 5. Inconstitucionalidade. I. Martins Reis, Maurício, orient. II. Título.

EDUARDA SCHILLING LANFREDI

**O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA À LUZ DO DIREITO
SUCESSÓRIO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL
ACERCA DA POSSIBILIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA LEGÍTIMA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de
Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, para obtenção do título
de Mestre em Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Maurício Martins Reis

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS

Assinatura: _____

Prof. Dr. Francisco José Borges Motta

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa

Instituição: Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann

Instituição: Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul – UFRGS

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Porto Alegre

2021

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas especiais e queridas, que nessa trajetória foram essenciais para a conclusão desse projeto de vida.

A Deus, por transformar a força do amor em projeto de vida.

À minha família, base de sustentação de quem sou e que, no amor de meus pais e irmã, encontrei apoio e força para seguir sempre em frente nos meus propósitos de vida.

Ao meu namorado, por todo o seu amor e a sua compreensão, todo o meu amor.

Aos amigos e colegas de Mestrado, pelas trocas afetivas, alegrias e aprendizados de vida.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Maurício Martins Reis, por ser meu norte, e por acreditar e me desafiar, em cada encontro, a seguir em frente.

Ao mestre e amigo Dr. Conrado Paulino da Rosa, por seu olhar de cuidado.

À Fundação Escola Superior do Ministério Público, e aos excelentes professores doutores Francisco José Borges Motta, Anizio Pires Gavião Filho e Handel Martins Dias, e às professoras doutoras Betânia de Moraes Alfonsin, Cristina Stringari Pasqual, Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes SpareMBERger, pelo conhecimento adquirido e pelo auxílio ao longo de toda a jornada acadêmica.

Ao Dr. Bráulio Dinarte da Silva Pinto e à Dra. Thaís Serafim Rossi, por todos os dias em que, com sua amorosidade e generosidade, oportunizaram firmar e consolidar a minha essência e identidade profissional.

RESUMO

Ao analisar as mudanças sofridas, nos últimos séculos, pelo Estado de Direito, percebe-se que, embora a pessoa humana tenha sido elevada a norte da atuação estatal, passando a ser a máxima perseguida, em algumas searas do ordenamento, como o ramo do Direito Sucessório, essa valoração não foi e não vem sendo realizada. Diante disso, o presente estudo tem por objetivo analisar se o direito à legítima, previsto na legislação sucessória, possibilita o exercício da autonomia privada pelos indivíduos, bem como se ainda se apresenta como um instituto compatível à autonomia da pessoa humana, ressignificada sob os moldes do Estado Democrático de Direito. A abordagem será a dialética, o método de procedimento, o descritivo, e a técnica da pesquisa, a bibliográfica. O trabalho será estruturado em três capítulos. O primeiro tratará acerca da modificação do conceito de autonomia e da forma com que este é correlato à evolução do Estado de Direito (Liberal, Social e Democrático de Direito). No segundo capítulo, serão observadas as razões para a instituição do direito à legítima no ordenamento e os reflexos implicados pelo Estado moderno nas relações patrimoniais, de modo a identificar a incompatibilidade da legítima com a nova realidade jurídico-social. No terceiro capítulo, examinar-se-á a atribuição assumida pelo Poder Judiciário com o Estado Democrático de Direito e a razão da Corte, promovida à garantidora dos direitos fundamentais e à atualizadora da máxima axiológica em adequar a reserva patrimonial *post mortem* na nova configuração do princípio da autonomia privada. Por fim, a conclusão pela inconstitucionalidade do direito à legítima ante a afronta aos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, e pela atuação da Corte como instrumento de promoção do sujeito de direito e como garantidora dos preceitos que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado de Direito. Autonomia. Dignidade da Pessoa Humana. Legítima. Corte Suprema. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

When analyzing the changes that the Rule of Law has undergone in the last centuries, it is clear that, although the human person has been elevated to the north of the State's actions, becoming the pursued maximum, in some areas of the legal system, such as Succession Law, this valuation has not been and is not being done. Therefore, this study aims to analyze whether the right to legitimate inheritance, as provided in the inheritance law, enables the exercise of private autonomy by individuals, as well as whether it still presents itself as an institute compatible with the autonomy of the human person, redefined under the molds of the Democratic State of Law. The approach will be dialectical, the method of procedure, descriptive, and the research technique, bibliographical. The paper will be structured in three chapters. The first will deal with the modification of the concept of autonomy and the way in which it is correlated to the evolution of the Rule of Law (Liberal, Social and Democratic Rule of Law). In the second chapter, the reasons for the institution of the right to legitimate property in the legal system will be observed, as well as the consequences of the modern state on property relations, in order to identify the incompatibility of the right to legitimate property with the new legal and social reality. In the third chapter, we will examine the attribution assumed by the Judiciary with the Democratic State of Law and the reason for the Court, promoted to the guarantor of fundamental rights and to the actualizer of the axiological maximum in adapting the *post mortem* patrimonial reserve in the new configuration of the principle of private autonomy. Finally, the conclusion of the unconstitutionality of the right to the lawful right in view of the affront to the principles of private autonomy and human dignity, and the performance of the Court as an instrument to promote the subject of law and as a guarantor of the precepts that underlie the Democratic State of Law.

Keywords: Rule of law. Autonomy. Dignity of human person. Legitimate. Supreme Court. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA COMO MÁXIMA AXIOLÓGICA DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL	11
2.1	A EVOLUÇÃO DO ESTADO E DO CONCEITO DE AUTONOMIA	11
2.2	O ESTADO DEMOCRÁTICO COMO INSTRUMENTO DE VALORAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA	31
3	O DIREITO À LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	42
3.1	A SUCESSÃO E O DIREITO À LEGÍTIMA	42
3.2	A INVIABILIDADE DA MANUTENÇÃO DA LEGÍTIMA NO ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL	58
4	O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA CONSTITUCIONALIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO	83
4.1	A RESSIGNIFICAÇÃO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO COM O ADVENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	83
4.2	AS RAZÕES PARA A CORTE SER COMPREENDIDA COMO A VERDADEIRA GUARDIÃ DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL.....	91
4.3	A CORTE E SUA RELAÇÃO COM A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO: NECESSÁRIA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.789 DO CÓDIGO CIVIL.....	106
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
	REFERÊNCIAS	128

1 INTRODUÇÃO

O Estado, como ente responsável pela organização e manutenção da vida em comum, sempre desempenhou papel significativo na estruturação e desenvolvimento das relações interpessoais. Ainda que tenha transmutado de um Estado Absolutista para um Estado Democrático de Direito, o qual reconhece e tutela os direitos fundamentais inerentes ao indivíduo, no entanto, não consegue legitimá-los na integralidade, em todas as searas do ordenamento jurídico vigente.

No caso, o ordenamento que, com as modificações sociais que foram sucedendo, principalmente aquelas atinentes à ressignificação do papel do Estado, prima pela autodeterminação e autogestão do sujeito, permanece impossibilitando-o de exercer plenamente essa autonomia no âmbito do Direito Sucessório, uma vez que impede o indivíduo de dispor livremente de seu patrimônio na existência de herdeiros legítimos necessários. O Estado compreende que, na existência de ascendentes, descendentes e cônjuge/companheiro, é fundamental que uma quota parte do acervo patrimonial do sujeito seja reservada a esses herdeiros, constituindo-se como uma garantia de manutenção e proteção do núcleo familiar.

Não se mostra razoável, entretanto, que o Estado, com as modificações sociais e com a ressignificação da sua função, tenha passado a vislumbrar a pessoa como sujeito capaz e autônomo, mas lhe retire o direito de exercer a sua autonomia e a sua livre escolha no campo das disposições *post mortem*.

Dessa forma, considerando essa dissonância havida entre as novas atribuições do Estado e a inaplicabilidade nas relações interpessoais, o propósito deste trabalho será questionar e verificar até que ponto a atuação do Estado permite, efetivamente, o pleno exercício da autonomia privada no âmbito das relações sucessórias.

O estudo consistirá na análise da forma como o princípio da autonomia foi sendo significado, conforme a evolução das atribuições exercidas pelo Estado e de como essa relação implicou na instituição da legítima no ordenamento jurídico. A partir dessa vinculação, será observado se as razões que levaram à adoção da legítima ainda se apresentam como justas e razoáveis diante da atual conjectura jurídico-social, bem como se a maneira pela qual as novas funções, do Estado Democrático de Direito (corretora, revisora e garantidora) serão desempenhadas nesse contexto.

Nesse sentido, as hipóteses previstas para o presente estudo manifestam-se da seguinte forma: sendo outorgado ao indivíduo a liberdade de dispor do seu acervo patrimonial na integralidade, sem que qualquer reserva ou impedimento legal lhe seja imposto – o princípio da

autonomia privada –, que será efetivado e atenderá aos novos contornos que lhe foram dados com o advento do Estado Democrático de Direito, uma vez que, ao ser garantido à pessoa a liberdade de testar, convalida-se a sua capacidade de autodeterminação e permite-se que o elemento fundamental para o desenvolvimento intrínseco à própria existência do sujeito seja verdadeiramente considerado.

A metodologia de abordagem utilizada será a dialética, o método de procedimento, o descritivo, e a técnica da pesquisa, a bibliográfica. O trabalho, a fim de propiciar um melhor desenvolvimento da temática, encontra-se estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo trata acerca da evolução do conceito de autonomia e da relação existente com a evolução do Estado de Direito. Em um primeiro momento, é analisada a forma com que a autonomia era compreendida durante o período do Estado Liberal e do Estado Social, bem como a maneira com que o ente estatal possibilitava o exercício dessa autonomia por parte do indivíduo. Na segunda parte do capítulo, é relatada a alteração que o conceito de autonomia sofreu com o advento do Estado Democrático de Direito e a forma com que esse princípio passou a ser, diretamente, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo é abordada a origem do instituto da legítima, sendo elencadas as razões para a sua instituição no ordenamento jurídico, e demonstrada a compatibilidade do direito à legítima com a finalidade perseguida pelo Estado, quando da sua instituição. Em seguida, passa-se à análise da maneira pela qual a transformação do Estado implicou nas relações interpessoais e o modo com que o direito, sob um novo paradigma constitucional, passou a recepcionar a vontade manifestada pelo indivíduo, sendo, por fim, apresentada a incompatibilidade do direito à legítima na nova estrutura jurídica e social.

No terceiro e último capítulo, trata-se da ressignificação que o Poder Judiciário sofreu com o Estado Democrático de Direito, discorrendo-se acerca dos argumentos que legitimam a Corte como a guardiã da normatividade constitucional, e demonstrando-se que, em razão das premissas analisadas anteriormente, apresenta-se como o meio de adequação e revisão da máxima axiológica, bem como do texto infraconstitucional. Após, analisa-se a relação existente entre o Poder Judiciário e o direito à legítima, e demonstra-se, por fim, a maneira pela qual a Corte poderá adequar a reserva patrimonial *post mortem* na nova configuração do princípio da autonomia privada.

2 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA COMO MÁXIMA AXIOLÓGICA DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

2.1 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E DO CONCEITO DE AUTONOMIA

Autonomia, conforme Daniel Sarmiento, decorre da “origem grega: *auto* designa a própria pessoa, e *nomos* é a lei. Etimologicamente, autonomia é a capacidade de ditar as normas que regem a própria conduta”.¹

A autonomia, portanto, pode ser compreendida como a competência que o indivíduo possui de autodeterminar-se e gerir as questões inerentes à sua vida, dispondo, dessa forma, de liberdade de gestão e condução sobre si mesmo.²

Acontece que o significado e a projeção da autonomia foram sendo alterados substancialmente com o passar do tempo, haja vista que se transformaram de acordo com a evolução do próprio Estado de Direito. Isto porque, como a autonomia significa a capacidade do indivíduo e o comportamento desse é determinado e organizado pelo Estado³, a proteção e a importância que lhe foram outorgadas se transmutaram conforme as modificações das atribuições estatais, principalmente no que se refere ao reconhecimento e à valoração do sujeito.

O Estado, na sua origem, não atuava de modo a resguardar o indivíduo, tampouco reconhecer ou outorgar proteção jurisdicional às suas capacidades exercidas. A atuação estatal concentrava-se, quase que exclusivamente, no domínio do poder econômico e territorial, na perpetuação do poder e na soberania de interesses financeiros.⁴

A primeira concepção de Estado nasceu alicerçada na vontade absoluta e irrestrita dos monarcas, onde o poder emanado pelos soberanos era visto e compreendido como se verdade absoluta fosse. Em razão disso, as decisões proferidas não eram passíveis de quaisquer questionamentos, restrições ou violações.⁵

¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 139.

² RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista da Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, jul./set. 2004. p. 113-114.

³ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 17.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 40-41.

⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 45.

De acordo com Norberto Bobbio,

O poder estatal é um poder absoluto: é absoluto porque se tornou definitivamente o único poder capaz de produzir o direito, isto é, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade sobre a qual impera, e, portanto, não conhecendo outros direitos senão o seu próprio, nem podendo conhecer limites jurídicos para o próprio poder. É um poder absoluto no sentido próprio da palavra, isto é, como *legibus solutus*.⁶

Dessa forma, ao Estado restava por desempenhar as suas atribuições de forma ampla e ilimitada, uma vez que não era compelido ao cumprimento de nenhum condicionamento exterior ou lei senão aqueles que ele próprio determinava e deliberava. A sua finalidade, portanto, consistia em reafirmar a sua supremacia e os seus interesses.⁷

Como era percebido como um ente supremo, representante da vontade divina, sua condução era permeada apenas pelos objetivos patrimoniais e absolutos que perseguia, de maneira que a sua atuação, além de delimitar e padronizar o comportamento do homem, restava por ser exercida sem qualquer impedimento ou balizador, sob a justificativa da preservação da ordem pública.⁸ Segundo Dalmo de Abreu Dallari, "para cumprir seus objetivos, o poder do governo não deve sofrer limitações, pois, uma vez que estas existam, aquele que as impõe é que se torna o verdadeiro governante".⁹

No período absolutista, como as questões de ordem pública encontravam-se relacionadas com a moral e a religião, o monarca era percebido pela sociedade como um representante divino e, portanto, os atos praticados por ele não possuíam qualquer limitador ou impedimento ao exercício da sua vontade.¹⁰

A população eximia-se e aniquilava-se perante este monarca, uma vez que lhe conferia plenos poderes para atuação, sem, ao menos, indagar a forma com que a condução do Estado, estritamente vinculada à persecução de interesses eminentemente públicos, era exercida.¹¹

Nessa concepção de Estado, o indivíduo não era reconhecido como sujeito detentor de direitos, uma vez que a manifestação da sua vontade não era considerada atribuição a ser

⁶ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 19.

⁷ *Ibid.*, p. 23.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25-26.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 45.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59-60.

atendida ou efetivada pelo ente estatal. O homem não integrava o campo de atuação ou de propósitos a serem alcançados pelo Estado.¹²

Conforme asseveram Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes,

O Estado, em sua primeira versão – absolutista – foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quanto esta, por razões econômicas “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano, concretizando-se mutuais mutatis, aquilo que Hobbes sustentou no Leviatã.

Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado.¹³

O sujeito, em decorrência disso, passou a significar-se como indivíduo capaz de gerenciar as próprias relações e interesses e almejar, por derradeiro, o direito de liberdade, principalmente a contratual, que até então era impedida pelo Estado. Surgiu, assim, a primeira concepção de autonomia da vontade.¹⁴

Conforme Pietro Costa e Danilo Zolo demonstram, nesse cenário “o indivíduo é arrancado da lógica dos pertencimentos, da conexão dos corpos para ser representado como um sujeito unitário de necessidades e de direitos, definidos pelos parâmetros da liberdade e da igualdade”.¹⁵

A burguesia necessitava e desejava a liberdade, todavia, o Estado atuava de modo a impossibilitar qualquer forma de livre iniciativa do sujeito, de maneira que, como o anseio por liberdade foi tornando-se cada vez maior, não restou alternativa senão a realização de movimentos concretos para a modificação do papel estatal.¹⁶

Aqui, conforme Paulo Bonavides, houve “a reconstituição da autoridade, em bases completamente novas, que dessem ao indivíduo, com a Carta de seus direitos fundamentais, ideologia fundada em valores rígidos e absolutos”.¹⁷

O Estado, no caso, detinha e controlava o poder, atuando de modo indiferente e, muitas vezes, de forma contrária aos interesses do homem, incluindo-se aqui a relação em vista de anseios e expectativas contratuais. Acontece que essa interferência e limitação por parte do ente hierárquico foi problematizada e contestada de tal modo que se mostrou imprescindível

¹² *Ibid.*

¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 51.

¹⁴ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fonte, 2006. p. 102.

¹⁵ *Ibid.*, p. 103.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 68

¹⁷ *Ibid.*, p. 71.

estabelecer um contraponto entre a liberdade reivindicada e o absolutismo praticado.¹⁸ Tal necessidade passou a ser propagada pela burguesia revolucionária, por meio do movimento Iluminista.

O Iluminismo, consistiu no movimento intelectual que teve seu ápice durante a Revolução Francesa, e que buscava a concretização dos ideais de igualdade e liberdade entre os indivíduos. Tal movimento surgiu como uma oposição ao regime absolutista, em que a atuação do monarca tinha como finalidade beneficiar apenas os integrantes da nobreza e do clero, enquanto que os demais indivíduos, por não terem reconhecidos seus direitos, restavam preteridos e sujeitos à eventual exploração.¹⁹

O movimento pretendia romper com a vinculação estabelecida entre o Estado e a Igreja, e extinguir o modelo tradicional vigente na época, atribuindo novos significados ao homem e à sociedade, haja vista que, como o indivíduo era integrante do corpo social, fundamental que passasse a ser entendido como destinatário dos direitos que, até aquele momento, eram restritos aos sujeitos compreendidos pelo monarca como dignos de benesses.²⁰

À vista disso, reivindicava-se que as normas deixassem de possuir um caráter religioso e transcendental, e passassem a ser guiadas pela razão, sem qualquer tipo de condicionamento a dogmas hierárquicos, religiosos ou patrimoniais. A lei deveria ser feita pelo e para o homem, e não apenas por e para aqueles que se intitulavam representantes de Deus.²¹

Ademais, como os direitos, quando outorgados, eram conferidos de forma absolutamente distinta entre os seus destinatários, ante a ausência de equidade na atuação do monarca, o Iluminismo almejava a eliminação dos privilégios, intentando uma igualdade patrimonial entre as partes.²²

Conforme Mark Pickersgill Walker e Joana de Souza Sierra, “se seres humanos são concebidos como livres e iguais, torna-se indispensável reconhecer-lhes a liberdade de criar ou produzir direito”.²³

Desta maneira, o Iluminismo, por meio dos ideais revolucionários propagados ao longo da Revolução Francesa e da Revolução Industrial, fez com que o Estado passasse a ser

¹⁸ *Ibid*, p. 41-42.

¹⁹ CAENEGEM, R.C. Van. **Uma introdução histórica ao Direito Privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fonte, 1999. p. 162-163.

²⁰ *Ibid*.

²¹ *Ibid*.

²² FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Editora Trotta, 1996. p. 36-37.

²³ SIERRA, Joana de Souza; WALKER, Mark Pickersgill. Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual. *In*: FIUZA, César Augusto de Castro; HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos (org.). **Direito civil contemporâneo II**. Curitiba: Conpedi; Unicuritiba, 2016. p. 10-11.

percebido como impedidor da concretização das liberdades individuais, posto que a sua atuação era instigada pela busca de seus próprios interesses. Ainda que a sua existência e relevância só fosse possível em razão da população que o constituía, a sua finalidade restringia-se à persecução dos interesses e das vontades do monarca.²⁴

Logo, com os ideais liberais decorrentes do período revolucionário, o homem, ao reconhecer-se como elemento fundamental da constituição do Estado, passou a reivindicar o exercício das liberdades individuais, posto que, conforme Dalmo de Abreu Dallari, “o indivíduo é melhor árbitro de seus interesses do que o Estado, não podendo haver mal maior do que permitir que outra pessoa julgue o que convém a cada um”.²⁵

Assim, o movimento possibilitou a ruptura da noção de submissão ao monarca e a consequente percepção da necessidade da declaração dos direitos naturais do homem, a fim de que a sua vontade passasse a ser reconhecida. O reconhecimento da vontade do homem passou a ser almejado a ponto de que pudesse se sobrepor à vontade do monarca, pelo fato de que, como este não representava os interesses de todos os integrantes do corpo social, mas apenas de um seletivo segmento, não haveria como o propósito intentado ser tido como legítimo.²⁶

Desta maneira, a burguesia começou a instigar a população para pensar sobre o absolutismo monárquico e pleitear, por consequência, a juridicização de direitos fundamentais, a transformação do direito natural em direito positivo.²⁷

Segundo R.C. Van Caenegem, “a tarefa do Estado era concebida agora como de assegurar o bem comum aos cidadãos, e não a glória de Deus, a proteção da Igreja ou poder das dinastias”.²⁸

Deste modo, a liberdade individual passou a ser perseguida da mesma forma que a proteção da propriedade privada.²⁹ Dado que, como o direito de propriedade, por nascer e consolidar-se junto ao homem, tratando-se de um direito natural a carecer de regulamentação ou tutela, não cabe ao Estado controlá-lo, mas apenas garantir que o indivíduo possa conservar e gozar daquilo que lhe é próprio.³⁰

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 271.

²⁵ *Ibid*, p. 272.

²⁶ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: História, teoria, crítica**. trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fonte, 2006. p. 104-107.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007. p. 41-42.

²⁸ CAENEGEM, R.C. Van. **Uma introdução histórica ao Direito Privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fonte, 1999. p. 176.

²⁹ *Ibid*, p. 41-42.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 60-61.

Considerando que, como a economia na época girava em torno da exploração da terra, permitir ao indivíduo livre acesso à propriedade e, por consequência, à produção de bens e serviços, promoveria o desenvolvimento econômico e distribuiria a riqueza que, até então, encontrava-se reduzida ao seletivo grupo escolhido pelo monarca. Consentiria, portanto, alcançar a esperada igualdade material.³¹

Assim, diante deste desejo emanado pela sociedade e deste conceito por ela internalizado, surgiu o Estado Liberal de Direito. Esta classificação do Estado foi caracterizada pela submissão dos atos praticados pelo soberano à lei fundamental, inviabilizando violação ou desrespeito das disposições almejadas pelo corpo social.

A partir dessa transformação, o Estado passou a vincular-se à legislação, aderindo ao princípio da legalidade, codificando as condutas praticadas e utilizando a lei como parâmetro para adotar certos comandos ou respaldar a inércia diante de determinada situação, almejando, em ambos os casos, a garantia das liberdades individuais.³²

O Estado Liberal de Direito, portanto, fundamentou-se na necessidade de regular e normatizar condutas sociais, por meio da codificação e da busca pelo formalismo do direito, limitando, assim, a atuação estatal, a fim de permitir o exercício das liberdades individuais.³³

A lei, ao estabelecer limites à atuação do Estado, concederia garantia, segurança e liberdade ao sujeito, uma vez que o facultaria liberdade de gestão, contratação e administração do patrimônio. Aqui, a lei apenas positivaria os direitos de liberdade e de propriedade que são próprios ao homem, e o Estado, por sua vez, apenas respeitaria tais disposições, permitindo o exercício e a realização desses preceitos.³⁴

Como os direitos de resistência, ou direitos negativos, compreendidos como os direitos de propriedade e liberdade, são naturais, posto que o homem nasce livre e proprietário de si e de seus bens, ao Estado incumbe apenas declará-los, por intermédio da positivação. Logo, não

³¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica:** perspectivas estrutural e funcional. 1989. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 2 out. 2020.

³² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 25-26.

³³ NETTO, Melnick de Carvalho. A Hermenêutica Constitucional Sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Juridicção e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 33-34.

³⁴ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito:** história, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fonte, 2006. p. 104-112.

pode restringi-los, limitá-los ou modificá-los restritivamente, mas apenas permitir que o homem atue, dentro da esfera que lhe é própria, da maneira como melhor entender.³⁵

A atuação do Estado, por conseguinte, passou a ser representada pela ausência de intervenção excessiva e arbitrária e pela criação de leis que conferissem liberdade ao homem e respaldassem eventual ato praticado.³⁶ Desta forma, a intervenção, quando imprescindível, ocorreria por razões públicas, legítimas e justificadas, de maneira que os indivíduos, tendo conhecimento da necessidade do ato e cientes do motivo pelo qual estaria sendo praticado, concordariam com dita anuência estatal, a qual não deixaria de ser uma chancela à liberdade na condução voluntária de seus destinos.³⁷

O poder do Estado, em face disso, passou a ser limitado em seu poder de império e a reconhecer os direitos individuais como balizadores para a sua atuação.³⁸ O papel estatal, de acordo com Norberto Bobbio,

(n)ão é prescrever fins para cada indivíduo, mas atuar de maneira que cada indivíduo possa alcançar livremente, ou seja, numa situação de liberdade externa garantida, os próprios fins. Ele então deve preocupar-se não tanto em estabelecer o que devem fazer os cidadãos, mas garantir uma esfera de liberdade, de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo as suas próprias capacidades e talento, perseguir os fins que livremente se propõe.³⁹

O Estado, em síntese, passou a consagrar o regime das liberdades negativas, de maneira que, para permitir que o indivíduo pudesse ter acesso aos direitos mais elementares de sua existência, como o direito da propriedade e o de liberdade, passou a eximir-se de intervir nas relações interpessoais estabelecidas, instituindo e diferenciando, dessa forma, a esfera pública da esfera privada.⁴⁰

Conforme leciona Daniel Sarmento,

Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava

³⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 123-124.

³⁶ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fonte, 2006. p. 103.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 94-95.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 62.

³⁹ *Ibid*, p. 212.

⁴⁰ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 89.

relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.⁴¹

Em razão disso, o Estado limitou a sua atuação à preservação da ordem pública e da segurança social, passando a permitir que o indivíduo, no âmbito das relações interpessoais, atuasse de forma livre e pudesse gerir os seus acordos de maneira autônoma e independente.⁴²

Passou o ente estatal a deixar as questões atinentes às relações econômicas, sociais e pessoais para a livre iniciativa do sujeito, uma vez que se tratava do campo necessário ao exercício da liberdade e da propriedade.⁴³ Passou a reconhecer, em síntese, a autonomia da vontade na esfera privada.⁴⁴

Deste modo, a concepção de autonomia da vontade, por ter sido instituída pelas diretrizes do Estado Liberal, emergiu alicerçada no direito de propriedade e de liberdade.⁴⁵ Como a propriedade era considerada o cerne da sociedade, uma vez que tudo se concentrava e seu movimentava em prol da sua preservação e expansão, o homem apenas poderia ser considerado livre se pudesse possuir, fruir e dispor sob o seu patrimônio.⁴⁶

Segundo Daniel Sarmiento, a propriedade “era vista como um direito absoluto, que encarnava a própria ideia de liberdade do indivíduo, impondo limites ao poder estatal”.⁴⁷

Assim, como a finalidade do Estado Liberal consistia na liberdade do homem, por meio da garantia e da proteção da propriedade, não haveria sentido em o Estado reconhecer o indivíduo como proprietário e, concomitantemente, interferir por completo na forma como esses bens seriam dispostos ou utilizados. Ao aceitar o homem como detentor desse direito, não poderia ao mesmo tempo subjugar-lo, de forma que a propriedade se transformou no balizador da atuação do ente estatal.

Considerando, ainda mais, que, como a propriedade era fruto do esforço individual, uma vez que decorria da força de trabalho do sujeito, não cabia ao Estado limitá-la ou cerceá-

⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 28-29.

⁴² *Ibid*, p. 29.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 97.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 29.

⁴⁵ 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 Ed., 2011. p. 84.

⁴⁶ *Ibid*, p. 82-106.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 46.

la. Se o homem é livre para trabalhar, deve ser livre para gozar e usufruir dos proveitos decorrentes do seu empenho da forma como melhor lhe aprouver.⁴⁸

O homem, como responsável pela geração de riqueza e pelo desenvolvimento econômico do Estado, deve ter a sua condição de proprietário reconhecida e, em face disso, poder dispor livremente dos bens que possui, ou seja, deve poder explorar a propriedade em benefício próprio e não apenas em benefício de um terceiro que, durante o absolutismo, era representado pelo monarca, pelo clero ou pela nobreza.⁴⁹

Além disso, como o capital que impulsiona o Estado também é decorrente da força de trabalho que o indivíduo emprega em favor de um terceiro, deve ter liberdade para negociar a forma com que essa produção ocorrerá, devendo ter a sua capacidade negocial, portanto, reconhecida pelo Estado. Ao empregar a sua força de trabalho em uma propriedade alheia, deverá ter liberdade para negociar a venda do seu labor e a respectiva contraprestação como bem entender.⁵⁰

Em razão disso, de acordo com Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a propriedade é “o direito mais importante, que serve de base para todos os demais. Seria a propriedade o lugar do efetivo exercício da liberdade, e o meio indispensável para assegurar o próprio direito à vida”.⁵¹

A propriedade, portanto, era compreendida como o elemento responsável pela constituição do sujeito, uma vez que caracterizava, direcionava e expressava a sua própria identidade.⁵²

Assim, a autonomia da vontade, representada pelo desejo do sujeito em ser reconhecidamente livre, por meio da disposição da propriedade, passou a ser prestigiada juridicamente pelo Estado. O Estado Liberal, então, responsável pelo seu advento e implementação normativa, estabeleceu a separação entre o Estado e a sociedade, a atuação mínima do ente estatal, bem como o reconhecimento da liberdade patrimonial do homem.⁵³

À vista disso, como a vontade do indivíduo passou a ser reconhecida, foi necessário que a sua manifestação passasse a ser sacramentada por intermédio do instrumento contratual,

⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 92.

⁴⁹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 11.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ 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 Ed., 2011. p. 83-84.

⁵² MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1989. p. 168.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 p. 95.

por se tratar do meio pelo qual as partes poderiam externalizar, de modo livre, as suas vontades.⁵⁴

O contrato, portanto, assumiu papel fundamental na expressão e na formalização da vontade do homem, posto que apenas tal documento era tido como apto o suficiente para regulamentar e determinar como o anseio patrimonial do sujeito seria exercido. Sendo, conforme Otávio Luiz Rodrigues Júnior, o “ato natural e voluntário constituído pela inteligência e arbítrio do homem, é o exercício da faculdade que ele tem de dispor dos diversos meios que possui de desenvolver o seu ser e preencher os fins da natureza, de sua existência intelectual, moral e física”.⁵⁵

Tratava-se, em suma, do meio pelo qual as partes poderiam exprimir a sua vontade, deliberando as questões atinentes ao exercício do direito de propriedade, sem que sofressem qualquer interferência por parte do Estado, constituindo-se, assim, como a representação máxima da autonomia da vontade do homem.

Logo, a autonomia, por ser correlata à propriedade, e por esta estar vinculada à liberdade, não haveria como ser alvo de qualquer interdição arbitrária por parte do Estado, visto ser entendido que, ao impedir a disposição negocial do homem, estar-se-ia cerceando a vontade de deliberação humana e impossibilitando o estatuto de ser livre.⁵⁶

A autonomia, durante o Estado liberal, passou, de acordo com Rose Melo Vencelau Meireles, a “garantir a própria vontade do sujeito, por ser considerada a única fonte de efeitos obrigacionais”.⁵⁷

Isto quer dizer que a vontade manifestada pelas partes passou a ter significância e a produzir efeitos jurídicos, ensejando a criação de direitos e obrigações, e fazendo com que o comportamento adotado pelas partes reverberasse no seio jurídico.⁵⁸

Um dos maiores responsáveis pela definição e pela introdução da importância da autonomia da vontade no ordenamento jurídico foi Immanuel Kant.⁵⁹ Para Kant, a vontade

⁵⁴ SIERRA, Joana de Souza; WALKER, Mark Pickersgill. Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual. In: FIUZA, César Augusto de Castro; HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos (org.). **Direito civil contemporâneo II**. Curitiba: Conpedi/Unicuritiba, 2016. p. 10.

⁵⁵ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista da Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, jul./set. 2004. p. 119.

⁵⁶ BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós modernidade. **Revista de Direito Privado**, v. 57, jan.-mar. 2014. p. 9.

⁵⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 66.

⁵⁸ DANTAS, Renata Marques Lima. **Autonomia privada no direito sucessório**: a necessidade de revisar a permanência da legítima. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3877/2648>. p. 3.

⁵⁹ Immanuel Kant foi um filósofo prussiano (1724-1804), responsável pela identificação da autonomia da vontade como elemento significativo no comportamento humano. Ao longo do século 18, formulou estudos sobre a

refere-se a um elemento intrínseco do indivíduo, sendo determinante para a maneira com que irá apresentar-se e comportar-se diante de si e do meio que o cerca.⁶⁰

A vontade, para o filósofo, por tratar-se da manifestação mais pura do dever do homem, detém valoração própria, não sendo governada por nada além da razão.⁶¹

A razão humana, na perspectiva de Kant, por influenciar a vontade do homem, haja vista que atua como norteadora do seu comportamento, deve ser capaz de produzir uma boa vontade, ou seja, uma vontade tão legítima a ponto de ser considerada suprema e absoluta.⁶²

A vontade, contudo, apenas poderá ser enquadrada como boa quando verificado que foi praticada pelo simples dever de ser exercida, sem que nenhuma finalidade ou propósito tenham sido almeçados como causa exterior, alheia ou concomitante ao dever. A vontade, portanto, será boa quando for realizada sem que nenhuma recompensa ou gratificação tenham sido ansiadas, de maneira que, pela ausência de inclinação ou pelo rigor da intenção, o valor moral dessa boa vontade poderá ser identificado e ela, em razão disso, poderá ser tida como suprema.⁶³

Na verdade, quando a ação for praticada, independente do efeito que irá provocar e suceder-se pelo simples dever, a vontade estará isenta de vícios e inclinações externas, e atuará como a manifestação genuína do indivíduo, sendo considerada, desse modo, etérea e incondicionada.⁶⁴

Tal preeminência da vontade é possível em razão do imperativo categórico que indica quando essa vontade é boa em si, e que deve ser aplicada pelo simples dever de ser exercida e não pelo querer ou pelo benefício que propiciará. Trata-se do fator determinante da ação, que exteriorizará o seu valor moral.⁶⁵

Segundo Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira,

O imperativo nos diz qual das ações possíveis seria boa, representando a regra prática em relação a uma vontade. Se a ação for boa em si e, por conseguinte, necessária para

necessidade da valoração da vontade emanada pelo indivíduo e do reconhecimento dos seus reflexos nos mais variados segmentos (ver: SILVEIRA, Fernando Lang da. A Teoria do Conhecimento de Kant: o idealismo transcendental. *Cad. Cat. Ens. Fís.*, v. 19, número especial, p. 28-51, mar. 2002. Disponível em: <https://www.if.ufrgs.br/~lang/Textos/KANT.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021).

⁶⁰ KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda., 2007. p. 22.

⁶¹ *Ibid*, p. 23.

⁶² *Ibid*, p. 25.

⁶³ *Ibid*, p. 28-30.

⁶⁴ *Ibid*, p. 30-32.

⁶⁵ *Ibid*, p. 50.

uma vontade que, por si só, esteja em sintonia com a razão, o imperativo será categórico.⁶⁶

Para que a ação possa ser apontada como moral e possibilitar a construção de uma boa vontade, entretanto, é imprescindível que possa ser generalizada para todos, a ponto de transformar-se em uma lei universal,⁶⁷ isto é, a ação deverá ser universalizável como se fosse uma legislação, independente de elementos concretos ou situações pré-existentes, para que a vontade seja compreendida como absoluta.⁶⁸

Nesse ponto, depreende-se que a vontade relaciona-se à moral e origina-se na razão, visto que, segundo Kant, “as leis morais devem valer para todo o ser racional em geral”.⁶⁹

Logo, como apenas o homem é possuidor de vontade e esta conecta-se à razão, o agir desse indivíduo deve pautar-se por mandamentos que sejam válidos para todos os demais seres humanos, posto que apenas quando a atuação, universalizada e representada pelo imperativo categórico manifestar-se sem a subordinação ou inclinação de elementos ou propósitos externos, é que poderá ser compreendida como uma lei moral.⁷⁰

Isto porque, de acordo com Kant,

O dever deve ser a necessidade prática incondicionada da acção; tem de valer portanto para todos os seres racionais (os únicos aos quais se pode aplicar sempre um imperativo), e só por isso pode ser lei também para toda a vontade humana.⁷¹

Assim, a moral surgirá da racionalidade inerente ao homem, que, por ser capaz de determinar a si mesmo e universalizar, em face disso, a sua máxima, poderá produzir uma vontade boa que, ante a isenção de influência de interesse alheio, será incondicional.⁷²

A vontade, dessa forma, tornar-se-á legisladora, visto que não se baseará em impulsos ou sensações, mas no dever atribuído a cada ser racional⁷³ que, justamente por ter essa capacidade, deverá, conforme Haide Maria Hupffer, ser “visto como um fim em si mesmo dotado de valor absoluto”.⁷⁴

⁶⁶ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **A fundamentação da metafísica dos costumes em Immanuel Kant e a promoção da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: file:///C:/Users/Windows/Downloads/195-1-318-1-10-20171002%20(2).pdf. p. 8.

⁶⁷ KANT, Immanuel. **A fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda., 2007. p. 33.

⁶⁸ *Ibid*, p. 41-42.

⁶⁹ *Ibid*, p. 46.

⁷⁰ *Ibid*, p. 47-53.

⁷¹ *Ibid*, p. 64.

⁷² *Ibid*, p. 67-74.

⁷³ *Ibid*, p. 76.

⁷⁴ HUPFFER, Haide Maria. O princípio da autonomia na ética kantiana e sua recepção na obra Direito e Democracia de Jurgen Habermas. **Revista Anima**, v. 5, p. 142-163, 2011. p. 146.

Isto significa que, por reconhecer o dever e atuar por dever, necessita ser compreendido como um indivíduo capaz de autodeterminar-se e produzir leis morais, além de ser considerado um instrumento da sua própria vontade.

Dessa maneira, como o indivíduo é um ser dotado de razão e, por esse fato, identifica-se com o mundo inteligível, ainda que possa, ante a sensibilidade que lhe é própria, experimentar sentimentos e sensações, a vontade manifestada não será sugestionada por nada além da própria razão.⁷⁵

O homem, embora transite no mundo sensível, em face dos sentimentos que carrega consigo, opta pelo mundo inteligível, ao reconhecer-se como ser racional capaz de colocar em prática a faculdade que lhe diferencia dos demais seres vivos, qual seja, a capacidade da razão.⁷⁶ E é justamente pela existência e pela escolha dessa razão que o indivíduo é capaz de produzir uma boa vontade, revestida de valor moral.⁷⁷

Conforme Kant, “o dever moral é, pois, um próprio querer necessário seu como membro de um mundo inteligível, e só é pensado por ele como dever na medida em que ele se considera ao mesmo tempo como membro do mundo sensível”.⁷⁸

Ocorre que, para que essa moralidade seja identificada, é necessário que a vontade, a ser exercida pelo homem, seja livre e autônoma, uma vez que apenas uma vontade livre pode agir com pretensão de universalidade, mediante o predomínio da razão, com a ausência de ingerência alheia e com a possibilidade de transformar-se em uma máxima absoluta.⁷⁹

Apenas quando a liberdade e a autonomia são concedidas e garantidas ao indivíduo é que a vontade, revestida de moralidade, será verdadeiramente avistada, de maneira que, segundo Norberto Bobbio, “se por autonomia se entende a faculdade de dar leis a si mesmo, é certo que a vontade moral é por excelência uma vontade autônoma”.⁸⁰

A moralidade, portanto, se fundamenta na liberdade e na autonomia.

Conforme Kant, “temos de atribuir a todo o ser dotado de razão e vontade esta propriedade de se determinar a agir sob a ideia de sua liberdade”⁸¹, na medida em que, somente

⁷⁵ KANT, Immanuel. **A fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda., 2007. p. 102.

⁷⁶ *Ibid*, p. 101.

⁷⁷ *Ibid*, p. 102.

⁷⁸ *Ibid*, p. 105.

⁷⁹ *Ibid*, p. 94.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 102.

⁸¹ KANT, Immanuel. **A fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda., 2007. p. 97.

quando o exercício da liberdade pelo homem é permitido, é que a boa razão poderá ser praticada e o valor moral da ação, conseqüentemente, revelado.⁸²

Não há como alcançar a razão prática, tampouco a boa vontade, se a liberdade do homem não for viabilizada pela garantia de autonomia de sua atuação e do direito de escolha. Somente com a liberdade é que a boa vontade e a moralidade serão exercidas.⁸³

Logo, a liberdade se relaciona à autonomia da mesma forma com que esta se coaduna com a moralidade, posto que, pela liberdade ser o fundamento da razão, apenas quando é permitido ao homem autodeterminar-se é que a vontade manifestada será boa e praticada pelo simples dever, podendo, dessa forma, ser entendida como suprema.⁸⁴

A autonomia, com base nisso, deve ser priorizada e reconhecida como soberana, posto que viabiliza que o indivíduo, pautado pela razão que lhe é própria, manifeste a sua vontade de modo racional, e esta, por ter sido exercida sem qualquer inclinação, poderá ser veiculada como máxima.⁸⁵

De acordo com Ramiro Delio Borges Meneses e Daniel Pinto Serrão,

A autonomia da vontade manifesta o poder infinito da autodeterminação do sujeito a fundamentar a concepção moderna de liberdade [...]. A autonomia, centrada na *nomos* e na autolegislação, permite, desde modo, na sua articulação com a mera autodeterminação do sujeito, dono de si mesmo, superar limites importantes desta e dar mais plenitude ao princípio da autonomia. O ser humano, sujeito intencional e autônomo, só poderá agir moralmente quando atua segundo leis, que ele mesmo se impõe.⁸⁶

Sendo assim, a autonomia se mostra imprescindível para uma nova compreensão do homem, tendo em vista que somente um indivíduo reconhecidamente autônomo é livre e capaz para decidir, bem como para elaborar leis para si próprio, ainda mais quando este indivíduo se considera como um fim em si mesmo.

Então, como o sujeito é o seu próprio fim, não poderá ser utilizado como instrumento para alcançar a vontade de outrem, daí que a vontade emanada deverá ser exercida por si e para si.⁸⁷ Por essa razão, representará a expressão mais pura da racionalidade do indivíduo, que, por

⁸² *Ibid.*, p. 95-96.

⁸³ HUPFFER, Haipe Maria. O princípio da autonomia na ética kantiana e sua recepção na obra *Direito e Democracia* de Jürgen Habermas. **Revista Anima**, v. 5, p. 142-163, 2011. p. 150.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 74.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ MENESES, Ramiro Delio Borges; SERRÃO, Daniel Pinto. Autonomia em Kant: pela crítica da crítica científica. **Revista de Filosofia**, Madrid, v. 35, n. 1, p. 7-19, 2010. p. 16.

⁸⁷ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **A fundamentação da metafísica dos costumes em Immanuel Kant e a promoção da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: file:///C:/Users/Windows/Downloads/195-1-318-1-10-20171002%20(2).pdf. p. 9.

ser livre e racional, age independentemente de causas externas e produz, em consequência disso, uma vontade autônoma, boa e moral.⁸⁸

Por conseguinte, depreende-se que a liberdade é o elemento que condiciona e permite que o sujeito faça uso da razão, isto porque, embora transite entre o mundo sensível e o inteligível, ao escolher este último, ou seja, ao escolher ser racional, a manifestação humana deixa de ser influenciada ou dirigida e passa a ser autônoma.

A escolha racional do sujeito, portanto, origina uma boa vontade e esta, por estar pautada na moralidade e na autonomia, deve ser incondicionada, visto que se trata da expressão mais pura da capacidade do homem, como sujeito que optou por integrar o mundo inteligível, de autodeterminar-se.

Se a razão é o que diferencia o homem dos demais seres, tudo que dela advém deve ser valorado, de maneira que, se a vontade decorre da razão, a vontade necessita ser compreendida e significada como autônoma.

Desta forma, se o indivíduo é um fim para si mesmo, a vontade que emana de si e que conduz a sua atuação por dever não pode ser cerceada, ainda mais porque, ao se restringir a vontade do homem e sua própria autonomia, a liberdade e a dignidade deste sujeito restam aniquiladas, porquanto a máxima que o identifica como ser racional lhe é suprimida.⁸⁹

Isto posto, percebe-se que a razão é a base da moralidade, que a moralidade é capaz de produzir uma boa vontade, e que essa boa vontade é o que permite ao homem ser livre e autônomo, de maneira que não pode ser tolhida por normas jurídicas arbitrárias, justamente por representar a máxima do sujeito racional.

Logo, se a vontade racional é uma vontade moral, esta, por ser pautada pela liberdade e autonomia, deve ser compreendida como soberana e incondicional, não podendo ser reduzida ou superada, visto que se trata da expressão mais pura da capacidade do homem racional. Assim, não pode ser constrangida, muito menos por imposições estatais autoritárias e abusivas.

Partindo dessa premissa, conseqüentemente, o poder soberano apenas pode ser considerado legítimo se permite e instiga a liberdade do indivíduo, ou seja, se reconhece e possibilita o exercício da vontade do homem. Isso não quer dizer que a vontade não deva ser condicionada absolutamente a alguma coação externa, mas sim que deve ser considerada pelo Estado, juntamente com a capacidade de cada indivíduo em exercer a sua liberdade, visto que,

⁸⁸ MENESES, Ramiro Delio Borges; SERRÃO, Daniel Pinto. Autonomia em Kant: pela crítica da crítica científica. **Revista de Filosofia**, Madrid, v. 35, n. 1, p. 7-19, 2010. p. 15.

⁸⁹ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **A fundamentação da metafísica dos costumes em Immanuel Kant e a promoção da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: file:///C:/Users/Windows/Downloads/195-1-318-1-10-20171002%20(2).pdf. p. 10.

por ser possuidor de razão, não exercerá a sua liberdade de forma arbitrária, tampouco de modo que prejudique ou impossibilite a liberdade do outro.

Ocorre que a percepção da autonomia da vontade, manifestada durante o Estado Liberal, na qual a intervenção pautava-se pela liberdade negativa, acabou gerando um efeito contrário à finalidade inicialmente perseguida, por possibilitar a violação de direitos e garantias individuais.⁹⁰

Isso se explica porque, ante a inércia estatal, a exploração do indivíduo pelas classes e autoridades superiores começou a ocorrer reiteradas vezes sem que qualquer penalidade fosse aplicada, gerando, dessa forma, o aprofundamento da desigualdade econômica, o acúmulo de riqueza pelo detentor do capital, o aumento da pobreza, o abuso de autoridade, a crise estatal e a posterior eclosão da Primeira Guerra Mundial.⁹¹

Segundo Sumaya Saady Morhy Pereira,

O Estado, com as alterações sofridas pelo modelo liberal, determinadas principalmente pelo grande crescimento da participação ativa da sociedade no poder, deixa de ser visto como o grande agressor dos direitos fundamentais, pelo menos não mais o único. O poder deixa de ser concentrado no Estado e passa a ser compartilhado pela própria sociedade.⁹²

Em face disso, a liberdade exercida pelas partes fez emergir diversos excessos, fazendo com que inúmeros direitos dos indivíduos fossem violados, visto que o contrato, compreendido até então como a manifestação da autonomia e da própria liberdade do homem, não sofria inicialmente qualquer tipo de interferência por parte do Estado, ou seja, era cancelado sem nenhuma limitação ou perquirição dos efeitos que poderiam resultar.⁹³

Assim, de acordo com Paulo Lôbo, “em verdade, houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a primeira, a da conquista da liberdade; a segunda, a da exploração da liberdade”.⁹⁴

Logo, como a ausência de controle por parte do Estado acarretou, para muitos, o exercício abusivo da liberdade em prejuízo à liberdade dos demais, ao ser-lhe indiferente a

⁹⁰ NETTO, Melnick de Carvalho. A Hermenêutica Constitucional Sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Juridicção e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 33-34.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41.

⁹³ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. In: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (org.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 103.

⁹⁴ LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. 1999. p. 101. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 nov. 2019.

aplicação da vontade individual, sem qualquer cerceamento ou limitação, o modelo liberal começou a mostrar-se inadequado ao controle social.

Isso porque, com o advento da Primeira Guerra Mundial, consolidou-se o marco da derrocada do sistema, conforme Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes,

Surgiu a necessidade de o Estado atuar para organizar as necessidades produtivas, direcionando-as para o esforço da guerra, o que abriu caminho para uma experiência intervencionista concreta. A guerra provocou a destruição do mercado natural e ocasionou enormes perdas, requerendo a ação do Estado no sentido de evitá-las, além de provocar o aumento numérico e o surgimento de uma consciência de classe entre os operários, cuja organização se intensificou nesta época e, cujo poder político passou a ser mais respeitado, possibilitando o enfrentamento dos proprietários do meio de produção.⁹⁵

Diante desta nova situação, vem à tona o Estado Social, modalidade caracterizada pela modificação dos direitos individuais e pela criação dos direitos sociais, isto é, os direitos individuais deixaram de ser valorados como absolutos e passaram a ser sopesados com o interesse público, devendo atender a função social.⁹⁶ A lei não pode apenas ser aplicada; é imprescindível que atenda aos anseios sociais e que seja utilizada como forma de implementar e garantir que as atribuições supervenientes exigíveis do Estado possam, de fato, ser executadas.⁹⁷

De acordo com Paulo Lôbo,

O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente.⁹⁸

Desta forma, enquanto o Estado Liberal buscava obter o direito da liberdade contratual e de propriedade privada, o Estado Social possuía como propósito obter uma finalidade social para estes institutos, fazendo com que produzissem efeitos para o contexto social e não apenas para os detentores dos meios econômicos e das propriedades.⁹⁹

Promoveu-se, afinal, a ideia de justiça social como objetivo a ser perseguido nas atribuições exercidas pelo ente estatal.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 74.

⁹⁶ NETTO, Melnick de Carvalho. A Hermenêutica Constitucional Sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Juridicção e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 35-36.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. 1999. p. 102. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 nov. 2019.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 75.

Ocorre que, com os atos praticados ao longo da Segunda Guerra Mundial, principalmente aqueles decorrentes dos regimes totalitários, que faziam de um discurso aparentemente social o mote para alienar a população e violar inúmeras garantias individuais, o Estado Social também desmantelou-se.¹⁰⁰

Conforme explana Daniel Sarmiento,

A crise do liberalismo alimentou também ideologias autoritárias ou mesmo totalitárias, que conseguiram se instalar no poder em diversos Estados e que não só desprezaram as liberdades individuais e políticas, como voltaram a cultivar concepções organicistas sobre as relações entre o indivíduo e o Estado. É o que se deu, por exemplo, na Alemanha nazista, na Rússia stalinista e na Itália fascista. Tratava-se, em tais casos, não da adoção de nova leitura dos direitos fundamentais a partir de compreensão mais realista da pessoa, mas da total denegação desses direitos.¹⁰¹

Em síntese, como o Estado Social foi marcado pela propagação da ideia de busca de equidade nas relações e promoção do bem-estar coletivo, o representante do Estado, partindo dessa premissa, conseguiu induzir a população a acreditar que os ideais de justiça social seriam alcançados apenas por intermédio da sua atuação e, em decorrência dessa manipulação em massa, legitimou-se no poder.¹⁰²

Destarte, não se pode dizer que o Estado Social foi um Estado ilegítimo, uma vez que os indivíduos, confiando na promessa de obtenção e respeito a direitos e liberdades individuais e sociais, apoiaram e outorgaram ao representante a condição de governante.¹⁰³

Decorre que o governante, ao assumir o poder, ressignificou as atribuições do Estado, passando a utilizá-lo como instrumento de segregação e conquista de finalidades opostas aos interesses do ser humano, desrespeitando-o em sua essência e violando os direitos de primeira dimensão adquiridos durante o Estado Liberal.¹⁰⁴

O Estado Social, portanto, acabou sendo marcado pelos regimes totalitaristas, como o nazismo e o fascismo. Nesses regimes, a sociedade era envolvida de forma inconsciente, por meio da propagação de um discurso de suposta igualdade e de restabelecimento da ordem

¹⁰⁰ NETTO, Melnick de Carvalho. A Hermenêutica Constitucional Sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 37.

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 48.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 192-196.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

social, por um representante com expressiva capacidade de persuasão. O pronunciamento, no entanto, era permeado de ódio e tinha como finalidade promover a diferença.¹⁰⁵

O Estado, em face disso, acabava não alçando o indivíduo ao patamar de norte da sua atuação, conforme anunciado, mas, sim, alienava-o e utilizava-o como instrumento de propagação de domínio e poder. O posicionamento em efetivar a vontade social pretendia, em verdade, a perpetuação e a expansão do poder político, independentemente das garantias e dos direitos do homem.¹⁰⁶

Conforme nos diz Paulo Bonavides,

O Estado, que, em si, por sua natureza mesma, já é uma organização de domínio, pode, sob o leque de governantes ambiciosos e de vocação autocrática, destituídos de escrúpulos, converter-se em aparelho de abusos e atentados à liberdade humana, o qual exploraria, no interesse de sua força e de seu predomínio, aquela dependência básica do indivíduo, transformado, então, em mero instrumento dos fins estatais.¹⁰⁷

Nesse caso, ainda que a atuação do Estado tenha violado o direito à liberdade do homem, perdendo-se, por completo, o conceito de autonomia até então propagado, a legislação não trazia qualquer impedimento ou restrição nesse sentido. Embora houvesse a previsão de uma Constituição, o caráter que lhe era atribuído não se revestia de normatividade, e a legislação que preponderava, criada pelo Parlamento, não podia ser alvo de objeções perante o Poder Judiciário.¹⁰⁸

Logo, os direitos, que posteriormente seriam compreendidos como fundamentais, não eram invocados ou tutelados, visto que a sua proteção se encontrava condicionada à previsão legal, ou seja, carecia de reconhecimento por parte do Poder Legislativo. Assim, em razão da ausência de disposição legal específica, as atrocidades praticadas eram compreendidas como legais.¹⁰⁹

À vista disso, mostrou-se imperioso reforçar e reformular o princípio da legalidade, posto que apenas com a elaboração de uma legislação consistente, com a previsão de normas entendidas como invioláveis, é que o sujeito, até então preterido pelo sistema, poderia ser detentor da mínima segurança jurídica.¹¹⁰

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 201.

¹⁰⁸ LEITE, Daniel Sarmiento. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 13-14.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fonte, 2006. p. 185-186.

Percebeu-se, portanto, que a lei é fundamental para impossibilitar a violação do direito do indivíduo, não podendo ser desrespeitada ou modificada sem que exista um processo específico para tal, e que corresponda, concomitantemente, ao desígnio do Estado e ao intento da sociedade.¹¹¹

A lei deveria atuar em prol do Estado e do indivíduo, caso contrário, estar-se-ia permitindo a retomada dos regimes totalitários nos quais, diferentemente do Estado Liberal, onde o homem não era compreendido como sujeito de significância efetiva no meio social, é autorizada a violação de direitos e garantias, sob a justificativa de um bem maior.¹¹²

Para que o sujeito fosse efetivamente resguardado, assumindo uma posição de destaque ante as atribuições do Estado, contudo, era substancial que a legislação, que dispusesse sobre os direitos que lhe eram próprios, possuísse uma valoração superior, um status imperativo e normativo que tornasse as garantias, ali dispostas, invioláveis e máximas da atuação do Estado e de seus integrantes.¹¹³

Desta forma, se fez necessário que o Estado, além de alterar a supremacia da legislação, passasse a atuar de modo a possibilitar que os direitos e as garantias preconizados até então fossem efetivamente garantidos para que os indivíduos pudessem usufruí-los genuinamente. Era imperioso que os direitos saíssem do plano formal e que o Estado passasse a atuar como instrumento de promoção desses preceitos.¹¹⁴

Conforme explana Cláudio Ari Mello,

A concepção minimalista tentava adequar a pretensão do constitucionalismo de funcionar como uma trincheira de resistência jurídica ao uso opressivo do poder, concebida em uma época em que o poder estava com monarcas absolutos ou oligarquias nobiliárquicas, para um sistema político fundado na soberania do povo, e que por isso implantava o método democrático de exercício do poder político, inclusive o poder de introduzir leis. O paradoxo fizera-se dramático: tratava-se de limitar a soberania popular em nome da... soberania popular. Claro, a recepção do constitucionalismo na era da democracia e seu revigoramento imediato tiveram como fundamento a percepção de que nem mesmo um regime democrático está imune ao abuso de poder. O método básico de governo em um regime democrático está no princípio majoritário, ou seja, a maioria governa. E maiorias também podem ser opressoras. O papel da constituição passa a ser, então, no mínimo o de proteger os indivíduos e as minorias do uso opressivo do poder político pelas maiorias eventuais.¹¹⁵

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2005. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 21 set. 2020.

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 35.

¹¹⁵ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30.

Partindo dessa necessidade, surgiu o Estado Democrático de Direito, sistema que prega pelo equilíbrio entre o direito público e o direito privado, que reconhece o sujeito como detentor de garantias individuais, que atua de modo justificado, que institui a ideia da cidadania e da participação popular como instrumentos aliados e indispensáveis à realização efetiva da democracia e que, principalmente, redefine o conceito de autonomia, conforme passar-se-á a demonstrar.¹¹⁶

2.2 O ESTADO DEMOCRÁTICO COMO INSTRUMENTO DE VALORAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

O Estado Democrático de Direito surgiu para aperfeiçoar e corrigir os desarranjos ocasionados pelos regimes anteriores, posto que, diante da constatação de que o homem é elemento essencial à constituição e a própria legitimidade do Estado, indispensável que seja tutelado de forma adequada.

Isto quer dizer que, com a derrocada dos modelos anteriores, apurou-se que a pessoa é um ser social e, como tal, merece ser beneficiária de uma gama de direitos, sendo reconhecida e valorada com dignidade.¹¹⁷

Logo, como a lei é a forma pela qual o Estado se manifesta e exerce o seu poder, era imprescindível que a lei respeitasse e valorasse o homem, em virtude de que o indivíduo é que legitima e significa o Estado. Se o sujeito é a máxima do Estado, torna-se mais do que lógico que o Estado, por meio de comandos e disposições normativas, o proteja e o tutele, no sentido de que indivíduo protegido é sinônimo de Estado fortalecido.¹¹⁸

Conforme Michel Mialle,

A sociedade não é, pois, afinal, mais do que a reunião dessas pessoas e ela não poderia ter justificação a menos que permita assegurar a existência da dignidade humana. Desde logo, o Estado é para o grupo social o que a personalidade jurídica é para o indivíduo: a expressão necessária e lógica.¹¹⁹

Assim, se a sociedade é o que legitima o Estado, é fundamental que a sua atuação seja

¹¹⁶ NETTO, Melnick de Carvalho. A Hermenêutica Constitucional Sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Juridicção e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 37.

¹¹⁷ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: História, teoria, crítica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fonte, 2006. p. 188.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1989. p. 122.

pautada em seu benefício e com vistas ao atendimento das necessidades dos sujeitos que a compõem. O Estado deve permitir que as faculdades da pessoa sejam aperfeiçoadas, por intermédio da implementação de instrumentos que venham a efetivá-las.¹²⁰

Nessa perspectiva, pode-se trazer a ideia fomentada por Norberto Bobbio, de que “o Estado, como força organizada da convivência civil, não pode ser destruído, mas conduzido à plena realização de sua própria essência”.¹²¹

Logo, como o novo modelo de Estado foi marcado pela transmutação do seu papel para a promoção da tutela do indivíduo, ao atuar nesse sentido, alcança a legitimidade, além de cumprir com a finalidade para a qual foi instituído, validando a importância da sua nova configuração.¹²²

Ademais, acaba promovendo o ideal democrático, visto que, como o poder é investido pelo ser humano, ao consagrá-lo em suas diretrizes, ratifica o poder que lhe foi atribuído e confirma a sua perpetuação como ente responsável pelo controle social.¹²³

Desta forma, o novo Estado delimita e diferencia a sua esfera de atuação no âmbito público e no privado, regulando o corpo social, enquanto garante o exercício das liberdades individuais. Tal contraponto se dá por intermédio dos direitos fundamentais, preceitos inerentes a pessoa, que passa a gozar de proteção especial, e que tem como finalidade, segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, “limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.¹²⁴

À vista disso, percebe-se que o Estado Democrático de Direito acaba sendo representado pelo constitucionalismo, por permanecer limitando o poder estatal e respeitando os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que institui a ideia de democracia e a importância da sua efetivação para auxiliar nos atos de controle, poder e gestão do próprio Estado.¹²⁵

Conforme abordam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes,

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais da existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 127-128.

¹²¹ *Ibid*, p. 127-128.

¹²² NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 22-23.

¹²³ *Ibid*.

¹²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 25.

fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva voltada para a produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução dos problemas das condições materiais de existência.¹²⁶

Pode ser compreendido, deste modo, como o sistema que viabilizou e aperfeiçoou as diretrizes almejadas pelos modelos anteriores, visto que implementou e validou direitos que tem como propósito limitar a atuação estatal e permitir que os preceitos fundamentais inerentes ao indivíduo não sejam violados ou restringidos, exceto em situações nas quais tal intervenção se mostre absolutamente necessária e se encontre devidamente justificada.

Ademais, foram implementados os direitos sociais, políticos e coletivos no ordenamento. Os direitos sociais são aqueles que tem como finalidade possibilitar o acesso do indivíduo às condições mínimas que lhe proporcionem uma vida digna. O Estado deve garantir e implementar políticas públicas e sociais que promovam o bem-estar e o desenvolvimento do indivíduo, sendo que esse pode e deve cobrar esta atuação positiva por parte dos poderes públicos.¹²⁷

Os direitos sociais, em síntese, são aqueles onde a atuação do Estado se altera, posto que, enquanto para garantir a liberdade e a propriedade deve abster-se de intervenção, aqui, os direitos apenas serão alcançados se o Estado agir de modo a efetivá-los, uma vez que responsável pela promoção de tais preceitos.¹²⁸

Nessa dimensão de direitos, a inércia do Estado é condenável, visto que, como tais direitos possuem natureza prestacional, espera-se uma atuação positiva e constante por parte do mesmo na efetivação desses preceitos aos indivíduos.¹²⁹

Aqui, de acordo com Daniel Sarmiento Leite,

Não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor desses direitos.¹³⁰

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97-98.

¹²⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 125.

¹²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais** – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 77-78.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ LEITE, Daniel Sarmiento. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 35-36.

Os direitos políticos são aqueles responsáveis pelo reconhecimento da importância da participação popular na tomada de decisão em nome do Estado; apenas com a participação popular é que a democracia, efetivamente, concretiza-se, de modo que tais direitos devem estar legitimados.¹³¹

Os direitos coletivos, por sua vez, referem-se aos valores comuns que devem ser garantidos a todos os membros da coletividade, cuja tutela pode ser alcançada de forma individual ou de forma coletiva, independentemente da anuência específica daquele que será beneficiado.¹³²

Dessa forma, depreende-se que o Estado Democrático de Direito é aquele que passou a atuar e a intervir, a fim de viabilizar melhores condições de existência ao indivíduo e enquadrá-lo como elemento indispensável ao processo de desenvolvimento e reconstrução social, outorgando-lhe direitos das mais variadas ordens.¹³³

Para tanto, passou a nortear as suas condutas a partir dos preceitos inerentes ao sujeito de direito, compreendendo os direitos fundamentais como princípios a serem seguidos, uma vez que representam um sistema de valores, pautados em elementos culturais e sociais, que resumem e dão sentido à vida estatal contida na Constituição.¹³⁴

Os direitos fundamentais, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet,

Não se limitam a função precípua de serem direito subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.¹³⁵

Tais direitos têm como propósito impossibilitar ao Estado intervir, de modo demasiado ou injustificado, em aspectos que são próprios do indivíduo e que não necessitam da atuação estatal para serem efetivados. Além disso, garantem as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento do indivíduo, no âmbito social, como agente de participação e formação democrática, e no âmbito privado, como sujeito capaz de gerir suas escolhas existenciais.¹³⁶

¹³¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 126-129.

¹³² *Ibid.*

¹³³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97-98.

¹³⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 45.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 143.

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 27.

Tratam-se do instrumento que impulsiona o Estado ao exercício das suas atribuições, posto que, conforme Luís Roberto Barroso, “o sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação”.¹³⁷

Desta maneira, se os direitos fundamentais existem e são essenciais à construção e ao desenvolvimento do indivíduo, é imprescindível que o Estado se comprometa a resguardá-los e a efetivá-los, espontaneamente, quando assim for demandado.¹³⁸

Além disso, servem como norteadores da atuação do Estado e como mecanismos que viabilizam a presença e a cooperação entre os indivíduos para o desenvolvimento do próprio Direito, em razão de que, ao reconhecerem aquilo que é caro ao sujeito, valoram a vontade do indivíduo e delimitam a atuação do Estado. Por conseguinte, a atuação, seja no âmbito do Poder Legislativo, Judiciário ou Executivo, tem que suceder com observância a esses preceitos, uma vez que são responsáveis por legitimarem o Estado e a sua própria atribuição.¹³⁹

Desta forma, os direitos fundamentais, segundo Cláudio Ari Mello, podem ser compreendidos, concisamente, como “meios para atingir o único verdadeiro fim da espécie humana, aquele em nome do qual se erigiu o constitucionalismo e a democracia: a liberdade individual”.¹⁴⁰

Assim, a ideia de que a pessoa deve ser vista como um fim em si mesma, volta a ser valorada quando da implementação do Estado Democrático de Direito, posto que o sujeito passa a ser o norte da condução estatal e começa a ser reconhecido e significado justamente pela dignidade e pela importância que lhe é própria. O Estado, ao outorgar proteção especial aos direitos inerentes ao indivíduo, passa a aceitá-lo como um fim em si mesmo.¹⁴¹

Segundo Daniel Sarmento, esse novo modelo de Estado “endossa a ideia de que o Direito e o Estado existem para a pessoa, e não o contrário. A pessoa, nesse sentido, tem um valor intrínseco e não ser instrumentalizada”.¹⁴²

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2005, p. 19. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 21 de set. 2020.

¹³⁸ ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 28.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 28/29.

¹⁴⁰ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 127.

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 72.

¹⁴² *Ibid.*, p. 77.

O Estado Democrático de Direito, portanto, ressignificou o conceito de autonomia, fazendo-o ser compreendido, numa de suas facetas mais importantes e aqui primordiais, como autonomia privada.

Este modelo, conforme anteriormente mencionado, assimilando o fracasso dos regimes vigentes até então, ressignificou a sua atribuição a ponto de deixar de utilizar a pessoa como o meio para obtenção dos objetivos perseguidos e passou a considerá-la como a razão e a finalidade da sua atuação. Por esse motivo, o indivíduo assumiu a posição de protagonista dessa nova ordem e, em decorrência disso, passou a ser tutelado e priorizado pelo Estado.

Houve, em síntese, a constatação de que, sem a pessoa o Estado não se perpetua, de maneira que, apenas com o reconhecimento da importância do indivíduo na organização e na estrutura social, é que o Estado será efetivamente legítimo.¹⁴³

Se nos períodos que antecederam o Estado Democrático, a legitimação do Estado ocorria por meio de dogmas religiosos, hierárquicos ou totalitários, agora, com o rompimento desses paradigmas, ante o insucesso obtido, o Estado apenas pode ser considerado legítimo se permitir que o indivíduo tenha liberdade para participar da construção social na proporção que consiga exercer a liberdade na esfera privada.¹⁴⁴

O indivíduo, portanto, deve ter assegurado a sua autonomia, tanto no âmbito público, quanto no privado. A autonomia pública consiste na capacidade de, mediante o reconhecimento e a utilização da razão que lhe é própria, decidir a respeito das questões referentes à sociedade em que se encontra inserido, participando, ativamente, da sua estrutura e formação.¹⁴⁵ Trata-se da faculdade outorgada ao sujeito de, por intermédio da participação popular, autogovernar-se.

O sujeito delibera sobre as problemáticas sociais, com a parcimônia e o discernimento necessários para eleger aquilo que é imprescindível à organização política, independente dos intentos individuais. Embora o sujeito seja diretamente afetado pela escolha realizada, a atuação ocorre em prol da coletividade e visando a manutenção do próprio Estado de Direito.¹⁴⁶

Já a autonomia, compreendida como autonomia privada, refere-se à capacidade do indivíduo, em face da mesma razão, de eleger, de forma livre e incondicionada, os projetos de vida que melhor coadunam-se aos seus interesses.¹⁴⁷ Refere-se, em síntese, à possibilidade que

¹⁴³ LEITE, Daniel Sarmiento. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 178-179.

¹⁴⁴ LUCHI, José Pedro. **Tensão entre autonomia privada e pública**. 2010. p. 58-61. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198658>. Acesso em: 4 nov. 2020.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

o sujeito tem em tratar das matérias eminentemente pessoais, pelo fato da liberdade vincular-se à manifestação da própria existência do sujeito.¹⁴⁸

Se antes a autonomia encontrava respaldo na busca pela liberdade e pela propriedade, agora no Estado Democrático, pela elevação do homem ao centro da atuação do Estado, começou a ser entendida como a liberdade do indivíduo em decidir o que melhor lhe aprouver no âmbito das relações que estabelece.

O patrimônio deixou de ser o norte, e cedeu espaço ao indivíduo e as suas projeções existenciais, de modo que a autonomia passou a ser compreendida como a permissão concedida ao sujeito em desenvolver-se livre e plenamente.¹⁴⁹

Isto porque, como a supressão do direito de liberdade do indivíduo levou-o a total desconsideração por parte do Estado, seria imperioso que o indivíduo fosse considerado livre para fazer as escolhas que desejasse, podendo optar pelo exercício ou pela omissão de determinado direito, visto tratar-se daquele que melhor conhece os seus anseios, suas vontades e suas limitações.

Não podia o Estado permanecer regulando a atuação do homem. Era necessário que fosse delimitado um contraponto entre o sujeito e o Estado. E o modelo democrático, ao alicerçar-se no exercício conjunto da autonomia pública e da autonomia privada, traz o equilíbrio postulado.

Se o Estado reconhece o sujeito como indivíduo capaz e autônomo, cuja vontade implica a formação da organização política e legitima o poder do Estado, uma vez que o ideal democrático, propagado por este novo Estado, apenas realiza-se pela participação e pela soberania popular, é razoável que seja atribuída similar valoração à vontade, no âmbito das relações privadas desse sujeito.¹⁵⁰

Não é coerente e justo que o indivíduo tenha liberdade para deliberar sobre a formação e sobre o desenvolvimento do próprio Estado de Direito, mas não tenha a mesma garantia em relação a matéria que não reverberará para nada além do âmbito privado e pessoal.

O Estado, por ser legitimado pelo indivíduo, deve atuar de forma a facilitar o alcance da sua liberdade individual; no entanto, para que isso ocorra, não deve apenas se omitir e agir de forma negativa, não interferindo e deixando o homem atuar de forma autônoma, mas deve o

¹⁴⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica:** perspectivas estrutural e funcional. 1989. p. 214. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 2 out. 2020.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

¹⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 99.

ente estatal igualmente criar mecanismos que desenvolvam a personalidade e auxiliem na construção desse sujeito. Se o indivíduo é determinante para o Estado e o Estado é vinculado ao indivíduo, é fundamental que desenvolva a pessoa a ponto de que esta possa desenvolver a sociedade.¹⁵¹

Logo, incumbe ao novo Estado legitimar a autonomia, no sentido público e privado, uma vez que, por serem complementares, o direito privado deve ser garantido para o bem-estar da sociedade, na mesma medida em que o bem-estar social deve garantir o direito privado.¹⁵²

Conforme Eugênio Fachini Neto, “é necessário realizar uma sociedade fundada sobre o direito privado que não seja nem separada e nem absorvida pelo Estado, mas que esteja a ele integrada, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Fundamental”.¹⁵³

Um indivíduo autônomo faz escolhas melhores para si e para a sociedade, de maneira que o Estado, como representante da garantia, do desenvolvimento e da administração, deve permitir que o sujeito, norte da sua atuação, aprimore-se a ponto de ser o seu próprio fim e o constante instrumento de confirmação do ideal democrático.¹⁵⁴

Desta forma, percebe-se que o novo Estado, ao ressignificar a autonomia e permitir, em decorrência disso, que o sujeito de direito seja, concomitantemente, autor e destinatário da lei, eleva-o a condição de matriz do ordenamento.¹⁵⁵ Logo, cercear a autonomia desse indivíduo, que autogoverna a sociedade na qual se encontra inserido e autogere as questões atinentes à sua vida, implica na violação do direito à dignidade que lhe é próprio.

O homem é compreendido como um sujeito digno pelo simples fato de existir e de contribuir, significativamente, na organização política social,¹⁵⁶ no entanto, ainda que essa dignidade seja intrínseca ao sujeito, haja vista que nasce consigo, passou a ser efetivamente reconhecida apenas com o advento do Estado Democrático de Direito.¹⁵⁷

¹⁵¹ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fonte, 2006. p. 124.

¹⁵² LUCHI, José Pedro. **Tensão entre autonomia privada e pública**. 2010. p. 58-61. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198658>. Acesso em: 4 nov. 2020.

¹⁵³ FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 46.

¹⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 292.

¹⁵⁵ LUCHI, José Pedro. **Tensão entre autonomia privada e pública**. 2010. p. 58-61. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198658>. Acesso em: 4 nov. 2020.

¹⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. 2003. p. 13. Disponível em: https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil_constitucional_brasileiro. Acesso em: 25 set. 2020.

¹⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVOSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista**. 2008. p. 16. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

Por muito tempo, o conceito de dignidade associava-se à vida e à ausência de violação à integridade física e psíquica do sujeito. A dignidade compreenderia, segundo Luís Roberto Barroso, “o valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável”.¹⁵⁸

Contudo, como o Estado, conforme anteriormente exposto, não considerava o homem como um fim, mas como meio para a concretização de seus intentos, não respeitava os direitos que lhe são próprios, violando, de forma contínua, a integridade do sujeito.

Apenas com a transmutação do papel do Estado, ante a percepção dos severos danos ocasionados pela transgressão dos direitos do homem, é que a dignidade, compreendida como o direito do sujeito agir e viver de forma livre, respeitosa e segura, passou a ser tutelada pelo ordenamento jurídico.¹⁵⁹

Ao ser alçada a máxima do Estado, e passar a reverberar em toda a produção e atuação por parte deste, entretanto, é que passou a ser compreendida e tutelada de modo mais abrangente, posto que, segundo Luís Roberto Barroso, “como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”.¹⁶⁰

Desta forma, a dignidade assume o papel de máxima axiológica do ordenamento, e deixa de ser denotada apenas como o direito à preservação da vida e da integridade psicossocial do sujeito. Começa a ser entendida como a característica inerente a pessoa, que a diferencia e a eleva dos demais seres vivos, vale dizer, a capacidade que possui de raciocinar e, em razão disso, deliberar, independentemente de mandamento ou coação externa, sobre as escolhas que o ornamentam como indivíduo público e privado.¹⁶¹

É fato que o sujeito, pela subjetividade que lhe é própria, tem valor em si, e que essa valoração independe da chancela ou atribuição por parte do Estado. A pessoa é a única que detém o status de autora e destinatária das leis e escolhas em sociedade.¹⁶²

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 77.

¹⁵⁹ COSTA, Judith Martins. **Indivíduo, pessoa, sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos**. 2010. p. 26. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/Philiaefilia/article/view/14870>. Acesso em: 12 nov. 2020.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 64.

¹⁶¹ COSTA, Judith Martins. **Indivíduo, pessoa, sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos**. 2010. p. 22-23. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/Philiaefilia/article/view/14870>. Acesso em: 12 nov. 2020.

¹⁶² *Ibid*, p. 23-26.

Neste sentido, a dignidade, aqui explicitada, segundo Judith Martins Costa, é “não mais do cargo, não mais uma dignidade do que se tem, mas do que se é como espécie no reino da natureza”.¹⁶³

Logo, a dignidade passou a ser compreendida, também, por um viés existencial, de forma que, de nada adianta que a pessoa tenha garantida a inviolabilidade da vida, se for tolhida no seu direito de fazer as escolhas atinentes à sua vida da maneira que melhor entender. Se o sujeito é autor e destinatário das leis, deve ser autor e destinatário das suas escolhas de vida, tendo a liberdade para fazê-las segundo seus valores, anseios, interesses e percepções.¹⁶⁴

Assim, se a dignidade passou a relacionar-se à existência e à subjetividade do indivíduo, constituindo-lhe a personalidade, é evidente que as questões existenciais não podem ser reguladas pelo Estado, haja vista que a vida deve ser assegurada em caráter objetivo e subjetivo.¹⁶⁵

O sujeito, no caso, deve ter liberdade e autonomia para fazer os projetos e escolhas de vida que quiser, podendo exercer a sua liberdade de forma ampla no âmbito das relações privadas, em razão de que é justamente essa liberdade que o significa e o diferencia diante dos demais.¹⁶⁶

Isto posto, a dignidade, revestida de autonomia e liberdade, deve ser garantida e promovida pelo Estado, uma vez que negar ou não valorar adequadamente todos os meandros da existência da pessoa que o legitima acaba por colocar em risco o próprio Estado de Direito.¹⁶⁷

Se a pessoa humana é a espinha dorsal do Estado, é justo e razoável que a capacidade e a autonomia que legitimam o Estado devem ser promovidas não apenas no âmbito do direito público, mas, por igual, no âmbito do direito privado, uma vez que os direitos fundamentais, norteadores da atuação do Estado, não podem ser utilizados apenas como mecanismos de defesa do sujeito em relação a este, mas, primordialmente, como fonte de capacidade a ser exercida pelos particulares em suas próprias relações.¹⁶⁸

¹⁶³ *Ibid*, p. 22.

¹⁶⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade humana**. 2002. p. 116. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536/70146>.

¹⁶⁵ *Ibid*.

¹⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 108.

¹⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. 2003, p. 23-26. Disponível em:

https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil_constitucional_brasileiro. Acesso em: 25 set. 2020.

¹⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 138-139.

Em síntese, diante da elevação e da ressignificação da dignidade, pode-se dizer que o homem apenas é considerado digno se for livre para exercer as suas faculdades existenciais e se lhe for possibilitado atuar em conformidade à sua autonomia privada, como forma de desenvolver-se plenamente.

Desta forma, segundo Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovoski,

Não se trata do individualismo abstrato do Liberalismo nem, tampouco, de concepção coletivista que coloca o todo como ente diverso dos seres concretos que o compõem – ou seja, como ente também abstrato a ocupar um lugar metafísico. Trata-se, sim, de proteger a pessoa humana em sua dimensão coexistencial, cuja rede de relações constitui a sociedade.¹⁶⁹

Ocorre que, embora a dignidade, a autonomia e a liberdade, enquanto direitos fundamentais a serem seguidos por este novo sistema estatal, devam garantir e equilibrar a liberdade individual e o interesse social, possibilitando que o indivíduo se desenvolva de forma plena, a fim de tornar-se um sujeito capaz de se auto gerenciar e auto administrar¹⁷⁰, no Direito Sucessório tal exigência ainda não pode ser verificada na sua plenitude.

Isto significa que, ainda que o Estado tenha evoluído rumo ao Estado Democrático de Direito, onde os preceitos inerentes aos indivíduos são entendidos como mandamentos constitucionais a serem seguidos, primados e efetivados, ao analisarmos em específico o instituto da legítima no direito das sucessões, constatamos que estes direitos fundamentais ainda não foram adotados com primordialidade.

¹⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVOSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. 2008. p. 11. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

¹⁷⁰ SILVA, Daniel Alt da. **Família Simultânea**: uma abordagem à luz da autonomia privada. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 7.

3 O DIREITO À LEGÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A SUCESSÃO E O DIREITO À LEGÍTIMA

O Direito Sucessório é o ramo jurídico que trata acerca dos efeitos legais ocasionados pelo falecimento de determinado indivíduo, abordando a forma com que os destinatários da herança serão contemplados.¹⁷¹

A sucessão pode ser entendida como a transferência de patrimônio e da titularidade dos bens deixados a um terceiro, cuja relação com o falecido pode ser por intermédio de vinculação biológica ou estreitamento afetivo, ou por qualquer outro liame que associe o *de cuius* ao beneficiário. A sucessão, portanto, envolve e enfrenta todas as consequências possíveis ocasionadas pelo falecimento do sujeito de direito.

Tradicionalmente, por caracterizar-se pela transmissibilidade de bens e direitos, era compreendida como um dos instrumentos propulsores do desenvolvimento econômico e social, haja vista que, ao garantir o direito de propriedade aos familiares do falecido, estar-se-ia estimulando-os ao aprimoramento do patrimônio como forma de dar continuidade à garantia financeira auferida pelo falecido.¹⁷²

Neste caso, a transmissão patrimonial compeliaria os herdeiros a perpetuarem e engrandecerem o acervo amealhado pelo *de cuius* ao longo da vida, e resguardarem, em razão disso, os demais integrantes do núcleo familiar.

Essa transferência, justamente para permitir a imediata continuidade da propriedade, realiza-se de forma automática ao falecimento do indivíduo, mediante o princípio da *saisine*. A *saisine* configura-se como a investidura instantânea daqueles que foram chamados a suceder no patrimônio deixado pelo falecido, independentemente de qualquer condição ou requisito, fático e legal, para tanto.¹⁷³

Havendo o falecimento do indivíduo, a posse e a propriedade do patrimônio já estarão asseguradas às partes que se encontrarem aptas a suceder. Isto porque, com a morte ocorre a extinção da personalidade jurídica do sujeito e, por consequência, a perda da titularidade de obrigações; no entanto, as relações jurídicas contraídas ao longo da vida não cessam, tampouco

¹⁷¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. por Mário Carvalho Roberto de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 1.

¹⁷² CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Conexões: Sucessão e Direitos Fundamentais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Autonomia privada, liberdade existencial e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 482-483.

¹⁷³ CARVALHO, Luís Camargo Pinto de. Saisine e astreinte. **Revista da Emerj**, v. 7, n. 27, p. 92-93, 2004.

deixam de implicar efeitos práticos em virtude do óbito ocorrido, de modo que se mostrou necessário garantir a continuidade dos atos e das atribuições assumidas pelo *de cujus*. E, justamente, para promover essa constância, foi elaborado o princípio da *saisine*.¹⁷⁴

A *saisine* surgiu como o instrumento que possibilitou que os herdeiros passassem a ter acesso imediato às relações jurídicas, ativas e passivas, firmadas pelo falecido, podendo dispor sobre as mesmas sem que qualquer condição fosse imposta para isso. Os herdeiros, portanto, poderiam sub-rogar-se na figura do *de cujus*.¹⁷⁵

Esta justifica-se considerando que, durante a Idade Média, quando do falecimento de um indivíduo, os bens deixados por este eram revertidos em favor do senhor feudal, passando este a ser o detentor efetivo do patrimônio deixado pelo sujeito. Os herdeiros apenas poderiam alcançar os bens mediante o pagamento de uma taxa ao senhor feudal.¹⁷⁶

Conforme explica Mairan Gonçalves Maia Júnior,

Na Idade Média criou-se uma ficção. Uma solução criativa para se evitar a devolução das terras ao senhor feudal e, desse modo, o comprometimento da sobrevivência dos integrantes familiares que, além de perderem seu chefe, responsável pelo cultivo da terra e obtenção das provisões necessárias à vida, corriam o risco de serem lançados na miséria, caso não tivessem condições de pagar a taxa cobrada pelo senhor feudal para conservarem as terras, das quais tiravam seu sustento e onde tinham sua moradia.¹⁷⁷

Dessa forma, a *saisine* veio com o propósito de permitir a imissão automática dos herdeiros no acervo patrimonial do falecido, a fim de que os beneficiários pudessem dar andamento imediato às relações firmadas e dispusessem de um meio de manutenção ou garantia da própria subsistência.¹⁷⁸

Outrossim, com o advento do Estado Liberal e com a propagação das ideias burguesas, onde o conceito de autonomia passou a ser, diretamente, relacionado à propriedade e à liberdade contratual, não haveria porque o Estado impedir que o sujeito pudesse gozar, imediatamente, daquilo que lhe era tão caro, o patrimônio.¹⁷⁹ O indivíduo deveria ter assegurado o direito de exercer a condição de ser proprietário, com o domínio pleno sobre os bens, sem qualquer

¹⁷⁴ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **O direito da saisine na tradição jurídica brasileira** (com algumas referências ao pensamento de Torquato Castro). Disponível em: file:///C:/Users/Windows/Downloads/O_direito_de_saisine_na_tradicao_juridic.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 531. V. IV.

¹⁷⁷ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão Legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 111.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **O direito da saisine na tradição jurídica brasileira** (com algumas referências ao pensamento de Torquato Castro). Disponível em: file:///C:/Users/Windows/Downloads/O_direito_de_saisine_na_tradicao_juridic.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

impedimento ou interferência, posto que, conforme explica Giselda Hironaka, “o próprio *de cuius* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo. Esta é a fórmula do que se convencionou denominar *droit de saisine*”.¹⁸⁰

Ademais, como a sociedade, à época, era pautada no direito de propriedade, fazia-se imprescindível que a mesma pudesse ser disposta livremente, a fim de que a cadeia econômica não permanecesse estagnada. Como a economia baseava-se, fundamentalmente, na circulação de bens e serviços, a imediata utilização e gozo do patrimônio permitia a continuidade das relações jurídicas e da própria economia. E a *saisine* veio, justamente, com a finalidade de permitir a transferência e consequente utilização, imediata, do acervo patrimonial do falecido aos seus sucessores.¹⁸¹

No ordenamento jurídico brasileiro, a *saisine* foi introduzida em meados do século 18, com o alvará de 9 de novembro de 1754, outorgado pelo Marquês de Pombal, sendo que a codificação dos anos de 1916 e 2002 apenas chancelou tal princípio, passando a ser adotado desde então.¹⁸²

Dessa forma, depreende-se que a *saisine* trata-se de uma das consequências da abertura da sucessão, visto que, ocorrendo a morte do titular do acervo patrimonial, este, conforme supramencionado, será automaticamente repassado aos seus herdeiros.

O recebimento de tais bens, no entanto, poderá ocorrer de duas formas, posto que, na ausência de manifestação do falecido ou quando essa manifestação for nula, o patrimônio será transferido aos seus sucessores legítimos, enquanto que, na elaboração de ato de última vontade, o acervo será repassado, também ou apenas, para aqueles que o *de cuius* especificamente contemplou, e neste caso, observar-se-á se a sucessão será legítima ou testamentária.¹⁸³

A sucessão testamentária, prevista nos artigos 1.857 e seguintes do Código Civil¹⁸⁴, é aquela também denominada de disposição de última vontade, onde o autor da herança, mediante a elaboração de um testamento, irá destinar uma parte ou a integralidade dos bens havidos para

¹⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões Brasileiro: Disposições Gerais e Sucessão Legítima. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). **Família e Sucessões: Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 318.

¹⁸¹ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **O direito da saisine na tradição jurídica brasileira (com algumas referências ao pensamento de Torquato Castro)**. Disponível em: file:///C:/Users/Windows/Downloads/O_direito_de_saisine_na_tradicao_juridic.pdf Acesso em: 30 jan. 2021.

¹⁸² LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 6: sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 51.

¹⁸³ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 20.

¹⁸⁴ “Art. 1.857. Toda pessoa pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

peças físicas ou jurídicas que intenta beneficiar. Já a sucessão legítima, disposta no artigo 1.788¹⁸⁵, ocorre em conformidade com a ordem de vocação hereditária prevista no ordenamento vigente, ou seja, enquanto uma permite que a parte delibere sobre o seu patrimônio, a outra gera a transmissão para aqueles sujeitos previamente determinados em lei.

A sucessão legítima, diferentemente da testamentária, possui duas divisões, uma vez que compreende os herdeiros legítimos necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge/companheiro¹⁸⁶)¹⁸⁷ e os herdeiros legítimos facultativos (colaterais até o 4º grau – irmãos, sobrinhos, tios e primos).¹⁸⁸

Independente da forma escolhida pelo autor da herança para a transmissão do patrimônio, a reserva legal destinada aos herdeiros legítimos necessários deverá ser respeitada. Isto porque, conforme dispõe o artigo 1.846 do Código Civil¹⁸⁹, havendo herdeiros legítimos necessários, o autor da herança não poderá dispor de mais de metade de seu patrimônio, eis que 50% de seus bens encontram-se destinados, obrigatoriamente, aos ascendentes, aos descendentes e ao cônjuge e companheiro.

Esta limitação ao direito de testar é conhecida como legítima.

A legítima surgiu alicerçada nas diretrizes do direito romano germânico que, embora possuíssem finalidades distintas acerca da destinação do acervo patrimonial, originaram o

¹⁸⁵“Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁸⁶ Aqui, cabe mencionar que existe um debate importante acerca da possibilidade do companheiro ser considerado herdeiro legítimo necessário. Ainda que inexista determinação ou previsão legal expressa nesse sentido, a doutrina majoritária, representada por Zeno Veloso, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce, vem se manifestando sobre o seu reconhecimento como integrante dessa categoria, uma vez que, ante a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, o cônjuge e o companheiro foram equiparados para fins sucessórios, de modo que não haveria mais razões para excluí-lo da legítima. A equiparação procedida pelo Supremo Tribunal Federal, transformada no Tema 809, portanto, deve refletir e permear toda a seara inerente ao Direito Sucessório; caso contrário, a declaração de inconstitucionalidade restará inócua e ineficaz em muitas de suas repercussões. Para um estudo mais detalhado sobre a condição do companheiro como herdeiro necessário ver: MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2020. *E-book*.

¹⁸⁷“Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁸⁸ “Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁸⁹ “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

instituto adotado pela legislação civil.¹⁹⁰

No direito romano prevalecia a ampla liberdade para testar, uma vez que os bens amealhados pelo *de cuius* apenas eram destinados aos seus familiares na ausência de disposição de última vontade ou quando essa manifestação se encontrava eivada de algum vício que impossibilitasse a sua realização. Como o homem exercia o papel de chefe da família, possuía poder absoluto em relação aos membros do núcleo familiar, podendo dispor, inclusive, sobre os rumos patrimoniais a serem adotados por estes.¹⁹¹

No direito romano, a família não era compreendida como um espaço permeado pela afetividade, mas, sim, como uma organização política, religiosa e social. Logo, como qualquer organização, era comandada por um único representante, o qual, quando do seu falecimento, deveria, obrigatoriamente, ser substituído, a fim de que as atribuições dessa organização pudessem ser continuadas. Era imprescindível que um novo chefe assumisse o legado deixado pelo *de cuius* para que as relações jurídicas pudessem perpetuar-se.¹⁹²

A transmissão do acervo patrimonial dessa organização não ocorria, portanto, necessariamente para os familiares do falecido, visto que o papel de chefe da família poderia ser assumido por um indivíduo que não guardasse relação biológica com o falecido. Por esse motivo é que a sucessão testamentária era o modelo que vigorava, fundamentalmente, no direito romano.¹⁹³

Conforme explica Pontes de Miranda, não se sabe ao certo quando que a sucessão legítima foi introduzida no direito romano; acredita-se que isso tenha sucedido em razão dos filhos do falecido passarem a sentir-se preteridos em relação a terceiros, haja vista que, quando do falecimento do genitor, permaneceriam, caso fosse o intento desse, sem qualquer ingerência sob o núcleo familiar e sem qualquer garantia patrimonial. Esse descrédito cultivado pelos filhos teria diminuído a autoridade política, religiosa e patrimonial do chefe da família, passando a contemplar aqueles que detinham laços sanguíneos, como forma de manutenção do poder que lhe fora atribuído.¹⁹⁴

Segundo Ana Luiza Maia Nevares, a introdução da sucessão legítima pode ter ocorrido, também, em razão do chefe de família ter compreendido que não poderia deixar a prole

¹⁹⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 22.

¹⁹¹ *Ibid*, p. 22-24.

¹⁹² CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 19.

¹⁹³ *Ibid*.

¹⁹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Direito das sucessões: sucessão em geral – sucessão legítima**. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 250-251.

desamparada após o seu falecimento, posto que, ao trazer os filhos à vida, deveria guardar o dever de subsistência dos mesmos, inclusive quando do seu passamento. O genitor, ao não reservar o acervo patrimonial aos seus, estaria descumprindo um dever sagrado de proteção dos filhos, contrariando a obrigação que teria para com a sociedade e para com a sua própria consciência.¹⁹⁵

Assim sendo, a limitação ao direito de testar passou a ser utilizado pelo direito romano, sendo compreendida, primeiramente, pela menção aos herdeiros mais próximos no testamento e, posteriormente, pela reserva propriamente dita de uma quota dos bens aos ascendentes e aos descendentes.¹⁹⁶

Já no direito germânico, a sucessão pautava-se na família, uma vez que não se cogitava destinar o patrimônio amealhado para um indivíduo que não fizesse parte do núcleo familiar e que não guardasse relação com o falecido. Aqui, a sucessão testamentária apenas passou a ser contemplada após a intervenção da Igreja, que, necessitando angariar receita para a manutenção do clero, começou a incutir na sociedade a ideia de que o local divino, após a morte, apenas estaria assegurado se houvesse a destinação de bens àqueles que eram os representantes de Deus.¹⁹⁷

Deste modo, a sociedade passou a compreender que a reserva de bens à Igreja poderia ser realizada sem que os membros familiares fossem prejudicados, visto que, dessa maneira, estar-se-ia atendendo a um chamado e bem maior.¹⁹⁸

Logo, percebe-se que, enquanto no direito romano a liberdade de testar era a regra, no direito germânico era a exceção. Desta forma, a legítima, fazendo uso das premissas de ambos os ordenamentos, surgiu como um contraponto entre a autonomia do sujeito e a solidariedade familiar, como um instrumento que harmoniza e concilia os interesses privados e os interesses sociais.¹⁹⁹

A legítima, portanto, foi instituída para prestigiar a propriedade como elemento individual e a família como elemento social. Foi instaurada com a finalidade de preservar o núcleo familiar e, assim como a sucessão, possibilitar que o patrimônio amealhado permanecesse na mesma linhagem, gerando, dessa forma, riqueza aos herdeiros mediante a perpetuação do negócio.²⁰⁰

¹⁹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 22-24.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 24-25.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 25.

²⁰⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane

Segundo Pontes de Miranda, a razão de ser da norma consistia em

- a) A primeira concepção foi de ser tal regra jurídica emanção da compropriedade familiar (*e. g.*, A. BOISTEL, R. TROPLONG e A. RENOUDARD).
- b) A segunda, a de ser a sucessão legítima continuação da dívida alimentar (A. RODIÈRE, *Mémoire sur les Successions*, *Recueil de l'Académie de Toulouse*, V, 130; A. BERTAULD, *La Liberté civile*, 219).²⁰¹

Como os vínculos interpessoais tradicionalmente foram firmados em razão exclusiva ou preponderante de interesses econômicos e financeiros, o propósito da constituição da família, durante muito tempo, consistiu na procriação e na permanência do patrimônio sob o mesmo núcleo familiar, de forma que a legítima era compreendida como o instrumento que possibilitaria dar continuidade a esse legado.

Ademais, como a família era revestida de dogmas religiosos, imperioso se fazia que as crenças propagadas pelo patriarca fossem continuadas pelos integrantes daquele núcleo, uma vez que a personalidade do indivíduo poderia cessar com a morte, mas os seus ideais e o seu credo não. Logo, ao transferir o patrimônio aos familiares, estar-se-ia permitindo a perpetuação do próprio falecido.²⁰²

Como o patrimônio era compreendido de forma una, haja vista que administrado apenas por um indivíduo, ao outorgá-lo a um familiar, como um filho, por exemplo, estar-se-ia possibilitando que a nova autoridade se sub-roga nas atribuições assumidas e efetivadas pelo falecido. No caso, ao constituir como chefe do núcleo um herdeiro com vinculação sanguínea com o *de cuius*, estar-se-ia garantindo a perpetuação das práticas, condutas e culturas internalizadas pelos antigos pater famílias ao longo do tempo.²⁰³

Deste modo, o patrimônio era entendido como a continuidade da vontade do falecido, de maneira que compelir o titular dos bens a resguardar, ao menos, uma quota parte aos herdeiros, permitiria a perpetuação tanto do acervo patrimonial, quanto das crenças adotadas por aquela família.²⁰⁴

Conforme leciona Rolf Madaleno,

Bezerra de (org.). **Autonomia privada, liberdade existencial e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 492-493.

²⁰¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Direito das sucessões**: sucessão em geral - sucessão legítima. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 256.

²⁰² NORONHA, Carlos Silveira. Reflexões Doutrinárias acerca do Direito das Sucessões. *In*: NORONHA, Carlos Silveira (org.). **As novas perspectivas do direito das sucessões**. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 9-11.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Inter vivos, Carlos Maurício Gallo. Da Sucessão Legítima: O Novo Código Civil sob a luz da pós-modernidade. *In*: NORONHA, Carlos Silveira (org.). **As novas perspectivas do direito das sucessões**. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 104-106.

Esta porção indisponível é intangível à vontade do de cujus e narra a história de sua origem, que teria sido instituída no interesse de manter a estabilidade e equilíbrio familiar, sobre uma porção patrimonial subtraída do capricho do homem.²⁰⁵

Na verdade, foi por igual adotada com o propósito da sucessão, isto é, para permitir a perpetuação patrimonial. Historicamente, isto se explica a partir da posição do homem como centro do núcleo familiar, como o responsável pela gestão e manutenção do mesmo, sendo imprescindível que a continuidade daquilo que fora amealhado e instituído a partir do seu trabalho e administração seja perpetuada e garantida mesmo após a sua morte.

Os membros da família, como eram dependentes do pater famílias, não tinham como prover a própria subsistência senão por intermédio dos bens adquiridos pelo falecido ao longo da vida, de modo que a legítima, em razão disso, apresentava-se com um viés, de certa forma, primordial.

Como a sociedade era iminentemente patriarcal, revestida dos dogmas da família tradicional, o casamento, além de ser concebido como um instrumento para a perpetuação de riqueza, domínio e poder, era a única entidade familiar reconhecida pelo Estado, cuja vinculação era eterna e indissolúvel.²⁰⁶

Logo, tornava-se necessário que o Estado, reconhecendo o caráter obrigacional e patrimonial da família, bem como a primazia do homem diante dos demais familiares, outorgasse proteção aos entes entendidos como vulneráveis.

Nesse ínterim, tendo conhecimento da limitação do sujeito e da impossibilidade de ser enquadrado como um indivíduo financeiramente autônomo e independente, o Estado o reconhecia como titular de um direito patrimonial desde o seu nascimento, conforme Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka nos refere:

Nessa perspectiva, existia entre os membros da família algo muito similar a um condomínio. Embora o patrimônio fosse administrador pelo chefe de família, o Direito protegia, em alguns atos, os direitos dos demais membros. Ora, sendo assim, não é de estranhar o sentimento de posse que os herdeiros poderiam ter com relação aos bens administrados pelos pais: eles não tinham mera expectativa de um dia receberem aqueles bens – na verdade, os bens teoricamente já eram deles mesmos. O simples fato de nascer já tornava uma pessoa titular de direitos hereditários, em vez desta ocorrência se dar somente a partir da morte do autor da herança. Assim, e partindo dessa premissa, havia todo sentido em proteger uma parte dos bens do arbítrio do chefe de família, eis que, segundo o direito, ele poderia estar dispondo de bens que simplesmente não seriam deles.²⁰⁷

²⁰⁵ MADALENO, Rolf. A disregard na sucessão legítima. **Revista dos Tribunais**, v. 75, p. 741-752, jul. 1998; DTR/1998/352, p. 741.

²⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Editora JusPodvim, 2020. p. 47.

²⁰⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane

Isto significa que, como o sujeito, ante a centralidade do poder econômico e familiar, encontrava-se impossibilitado de auferir subsídios que provesses a sua manutenção, haja vista que a gestão do patrimônio incumbiu apenas a um membro do núcleo familiar, era preciso que tivesse assegurado recursos para sobreviver. Por encontrar-se diretamente vinculado ao pater famílias, não lograria êxito em prover a manutenção própria e daqueles que o cercam e, portanto, teria que receber uma garantia patrimonial, quase de maneira nata.

Haja vista que, pela sociedade, estruturar-se na convergência do homem, detentor do poder e da soberania familiar, era notório que o auxílio material aos seus deveria suceder-se de forma perpétua.

Ademais, como as relações eram estabelecidas preponderantemente com base na conveniência econômica, financeira e territorial, era de interesse do homem que os bens perpetuassem, isto porque, diante da primazia patrimonial à época, o acervo hereditário era visto como uma extensão do próprio indivíduo. A família e a propriedade, portanto, eram correlatas e instrumentos e fins em si mesmos.

Desta maneira, como quando do advento do Estado Liberal, o sujeito passou a reivindicar o direito de propriedade, tal pleito passou a ser suscitado, também, no âmbito do Direito Sucessório. A propriedade, máxima da realização do homem, deveria permanecer reverberando e engrandecendo-se, mesmo após a morte do titular do direito.

Por essa razão é que a legítima foi instituída e permanece em vigor no ordenamento jurídico.

De acordo com Daniele Chaves Teixeira,

A legítima foi inserida no ordenamento brasileiro pelo Código Civil de 1916, que fora elaborado em 1899, e retratava um país essencialmente rural. O Código Civil refletiu, assim, um espírito voltado para o século XIX, que retratava uma família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e transpessoal: representativa da tríade formada pelo liberalismo, pelo individualismo e pelo patrimonialismo.²⁰⁸

Por conseguinte, como o patrimônio e o contrato, em um sistema individualista, eram vistos como instrumentos indispensáveis à manutenção e a valoração do homem, o Estado entendeu que deixar indisponível uma parte do acervo hereditário do homem traria a proteção necessária ao núcleo familiar e ao próprio patrimônio.²⁰⁹

Bezerra de (org.). **Autonomia privada, liberdade existencial e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 495.

²⁰⁸ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2019. (*E-book*).

²⁰⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da Quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (org.). **Direito Civil**: da

Como os direitos intentados pelo indivíduo encontravam-se revestidos de interesse eminentemente patrimonial, o próprio conceito de igualdade refletia a busca incessante pela garantia da propriedade. Logo, o sujeito apenas poderia ser tido como igual se tivesse assegurado a transmissão do patrimônio deixado pelo falecido, sem divergências ou privilégios em relação aos demais herdeiros, e garantido uma transferência una de bens. E, para assegurar essa equidade, o Estado entendeu por cercear o direito do sujeito em dispor livremente de todos os seus bens. Assim, tanto o sujeito quanto o patrimônio estariam resguardados e preservados.²¹⁰

À vista disso, depreende-se que a legítima, segundo J. M. de Carvalho Santos, foi instituída a partir de “deveres morais e jurídicos, baseados principalmente em que seria odioso conceder-se uma ilimitada faculdade de testar a quem deixa pessoas a ele ligadas pelos laços de sangue”.²¹¹

No Brasil, a legítima passou a ser adotada desde o período das Ordenações Filipinas, que disciplinava acerca da obrigatoriedade de os pais resguardarem dois terços de seus bens aos filhos. Posteriormente, o Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907, instituiu que, na existência de ascendentes ou descendentes, a parte poderia dispor apenas metade dos bens, haja vista que o restante se constituía como a parte gravada aos herdeiros necessários. A Codificação de 1916, em seu artigo 1.721²¹², contemplou a disposição do referido Decreto, enquanto a Codificação de 2002, ainda que tenha conservado o percentual da legítima em metade dos bens da herança, incluiu o cônjuge como herdeiro necessário.²¹³

Segundo Pontes de Miranda, a legítima foi introduzida de forma rigorosa, visto que “metade necessária e metade disponível são quantidades invariáveis. Cada uma corresponde à metade da herança. Não se tem a legítima necessária conforme o número de filhos”.²¹⁴ Isso significa que a quota parte encontra-se assegurada aos herdeiros, independentemente da

autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais – atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 239.

²¹⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 35-36.

²¹¹ SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**: direito das sucessões (arts. 1710-1779). 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. p. 73.

²¹² “Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código”. BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.

²¹³ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 35-37.

²¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Direito das sucessões**: sucessão em geral – sucessão legítima. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 259.

quantidade de herdeiros necessários ou da ordem de concorrência; havendo ascendentes, descendentes e cônjuge/companheiro, a reserva estará garantida.

A manutenção dessa quota parte no ordenamento até hoje é defendida, em razão dos princípios da proteção e da solidariedade familiar. De acordo com Ana Luiza Maia Nevares, os membros do núcleo familiar, quando do falecimento do ascendente, descendente, cônjuge/companheiro, não podem ser privados de permanecerem gozando daquilo que foi usufruído ao longo de toda uma vida. Os familiares não podem ser tolhidos no direito de disporem do patrimônio que sempre entenderam como seu, sob o risco de reduzirem, significativamente, a sua potencialidade econômica e serem submetidos a uma situação que não lhes seria própria. Os familiares não poderiam ser penalizados e compelidos a vivenciarem uma nova realidade em razão de uma liberalidade do falecido.²¹⁵

Assim, a legítima se constituiria como o instrumento que compeliria os pais a não abandonarem materialmente os filhos e os parceiros, colocando-os em uma circunstância desvalida, e compensaria os pais pelo esforço despendido ao longo da vida.²¹⁶

Igualmente, a obrigatoriedade de um percentual do acervo hereditário permanecer no seio familiar proporcionaria uma solidariedade econômica entre os herdeiros, posto que seriam beneficiados com quotas similares de bens, passando a usufruir de um patrimônio correspondente entre si.²¹⁷

Conforme explanam Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos,

Os bens que pertencem a uma família, independentemente do seu titular formal, estão a serviço dos seus membros, das suas necessidades. Se é assim durante a vida dos seus titulares formais, tal preocupação projeta-se para além da vida destes. É sentida a necessidade de assegurar ao conjunto dos familiares mais próximos, a fruição dos bens que eram por eles fruídos durante a vida do seu titular.²¹⁸

Nesse ínterim, se o indivíduo, com o advento do Estado Democrático de Direito, passou a ser considerado como elemento fundamental do desenvolvimento da sociedade, é necessário que guarde certa solidariedade com aqueles que compõe o mesmo espaço que o seu, ou seja, ao amparar o próximo, resta por auxiliar a continuidade da sociedade e tudo aquilo que

²¹⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26-27.

²¹⁶ DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessário. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 4, n. 5, 2018. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_1253_1283.pdf. Acesso em: 2 fev. 2021.

²¹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26-27.

²¹⁸ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 13.

a mesma representa.

Desta maneira, o indivíduo, ao favorecer outrem, atua como se estivesse agindo na defesa e na proteção dos próprios interesses, de forma que, ao prestar auxílio material ao próximo, o liberta de suas necessidades.²¹⁹ Isso se justifica, segundo Ana Luiza Maia Nevares, “na medida em que o homem é um ser essencialmente social, que está em constante interação com os demais, é preciso que todos nós tenhamos dignidade do outro”.²²⁰

Outrossim, quando a legítima foi confirmada pela Codificação de 1916, tinha como propósito resguardar a família e os seus membros, haja vista que, como a família, formada pelo casamento, era a base da sociedade, tornava-se necessário que fosse tutelada pelo Estado. E esta proteção, conforme já abordado, ocorreu por intermédio do patrimônio.²²¹

Com a introdução do Código Civil de 2002, de acordo com Ana Luiza Maia Nevares, o patrimônio permaneceu sendo um instrumento de proteção da família. Embora venha constituindo-se das mais variadas formas, passou a valorar o indivíduo, de modo que, com a elevação da dignidade da pessoa humana à máxima do ordenamento, a família deve promover a dignidade desse sujeito. E essa dignidade se dá por intermédio da garantia de uma quota do acervo patrimonial, representada pela legítima, que possibilitará que o indivíduo tenha uma vida com condições mínimas de subsistência.²²²

Destaca-se que a preocupação do Estado em legitimar a proteção do núcleo familiar foi tamanha que o legislador acabou sendo repetitivo ao assegurar a quota parte dos herdeiros necessários e impossibilitar, por derradeiro, que o testador pudesse deliberar além do percentual previsto em lei. Tal ênfase pode ser vista, atualmente, na redação dos artigos 1.789²²³, 1.846, 1.857, §1º²²⁴ e 1.967²²⁵ do Código Civil.²²⁶

Deste modo, a legítima deverá ser respeitada nos atos praticados pelo falecido, tanto

²¹⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26-28.

²²⁰ *Ibid*, p. 46.

²²¹ *Ibid*, p. 31.

²²² *Ibid*, p. 31.

²²³ “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

²²⁴ “Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

²²⁵ “Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

²²⁶ DEGRAZIA, Evandro Rômulo. **Sonegados e colação**: a busca do equilíbrio sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 40-41.

na forma de testamento quanto na doação, sob pena do excesso praticado ser objeto de redução ou colação, posto que, como foi pautada no princípio da solidariedade familiar, não haveria sentido da quota parte dos herdeiros não ser assegurada, inclusive, nas relações firmadas em vida pelo titular dos bens.²²⁷

Isso quer dizer que não seria razoável que o titular pudesse dispor, gratuitamente, do acervo patrimonial a um terceiro, sem qualquer limitação que visasse a resguardar a parte pertencente aos herdeiros necessários. Caso assim pudesse, a legítima restaria incompleta e não cumpriria com a finalidade para qual foi instituída, haja vista que a proteção dos herdeiros seria assegurada somente após o falecimento do sujeito.²²⁸

Desta maneira, sendo observado eventual excesso na deliberação realizada pelo falecido, seja por intermédio de ato *inter vivos* ou de disposição testamentária, o ato deverá ser corrigido, a fim de que o percentual da legítima seja preservado incólume, isto é, caso seja constatado que o titular do patrimônio firmou deliberações violadoras da legítima, elas deverão ser reduzidas até que o mínimo legal destinado aos herdeiros necessários seja assegurado.

Na doação, será analisado o valor do bem no momento em que a transação foi realizada, visto que, conforme enuncia Orlando Gomes, “se a liberalidade ocorreu em vida do testador, o excesso tem de ser apreciado no momento da doação, como se o doador falecesse nesse mesmo dia”.²²⁹ Assim, caso tenha sido efetivada importando em adiantamento de legítima, o bem deverá ser trazido à colação, quando da abertura do inventário, e descontado do quinhão do herdeiro beneficiado.²³⁰

No caso, se a doação tiver sido realizada aos descendentes ou ao cônjuge/companheiro e tenha incidido sob a parte indisponível da herança, aquele que foi contemplado deverá colacionar o bem, isto é, trazê-lo para dentro do inventário e descontá-lo do montante total que receberá. Isto porque entende-se que o falecido, ao deliberar em vida acerca de um bem ou montante, pretendeu antecipar aquilo que o herdeiro receberia apenas quando do seu falecimento.²³¹

²²⁷ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão Legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 336-339.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. por Mário Carvalho Roberto de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 82.

²³⁰ Aqui, cumpre destacar que, como o instrumento da colação tem como finalidade igualar os quinhões entre os herdeiros legítimos, existem discussões acerca da possibilidade do bem doado ser trazido à colação com o valor, não mais da data em que a liberalidade ocorreu, mas sim da data da abertura da sucessão. Tal possibilidade encontra-se disciplinada, inclusive, no Enunciado 644 da VIII Jornada de Direito Civil.

²³¹ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão Legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 342.

Dessa forma, a fim de que os quinhões entre os herdeiros possam ficar similares, é necessário que o herdeiro que foi antecipadamente beneficiado desconte o que recebeu do seu quinhão hereditário, para oferecer mais equidade à partilha.²³²

Destaca-se, contudo, que, segundo Mairan Gonçalves Maia Júnior, “essa regra geral pode ser, porém, excepcionada pelo próprio testador se: i) for expressamente por ele indicado sair a liberalidade da parte disponível; ii) possa o valor da liberalidade ser integralmente imputado no montante da parte disponível”.²³³

Isto é permitido porque o indivíduo, ao indicar que a deliberação está incidindo sobre a parte disponível, apenas estará exercendo a autonomia e a liberdade de testar que lhes são autorizadas pela lei. Logo, não há como solicitar que essa manifestação da vontade do indivíduo, praticada sob o percentual totalmente desembaraçado, seja retornada ao acervo patrimonial, tampouco descontada do quinhão hereditário daquele que foi beneficiado.²³⁴

Caso o titular do acervo patrimonial, contudo, indique que a doação incidiu sobre a parte disponível, mas seja verificado que o ato excedeu e afrontou a legítima, o excesso deverá ser reduzido²³⁵ por inoficiosidade.²³⁶

Já na disposição testamentária, o excesso será averiguado no momento da abertura do testamento, e sofrerá proporcional redução, de modo que apenas aquilo que superar a reserva legal será modificado, permanecendo o restante com o herdeiro testamentário ou o legatário. No caso, apenas o que exceder a parte disponível será objeto de redução; o restante permanecerá nos termos dispostos pelo testador, sendo direcionado para aqueles que foram especificamente contemplados no testamento.

Assim, a legítima será calculada sobre o patrimônio líquido deixado pelo *de cuius*, descontadas as dívidas e despesas funerárias, sem considerar, portanto, as transações onerosas realizadas, tampouco as oscilações patrimoniais ocorridas ao longo da vida.²³⁷

Por este motivo, embora a herança se trate de uma mera expectativa de direito, a

²³² *Ibid*, p. 336-339.

²³³ *Ibid*, p. 355.

²³⁴ *Ibid*, p. 356.

²³⁵ “Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

²³⁶ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão Legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 356.

²³⁷ “Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

legítima é vista como um preceito inerente ao herdeiro, não podendo ser restrita ou limitada, salvo nas situações expressamente determinadas em lei.

Essas situações referem-se aos gravames com justa causa, a indignidade e a deserção. Os gravames tratam-se das cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade que podem ser instituídas pelo titular do acervo patrimonial sobre os bens reservados aos herdeiros necessários.²³⁸

Necessitam, entretanto, de uma justa causa declarada para tanto²³⁹, como no caso do genitor, que objetiva assegurar e resguardar o próprio herdeiro da perda do patrimônio, em face da impossibilidade de administrar corretamente os bens.²⁴⁰ Conforme diz Marcelo Truzzi Otero,

Resumidamente, é indispensável que a motivação se apresente acompanhada de fatos concretos e lícitos, persistentes ao tempo da abertura da sucessão, atestando que o interesse do herdeiro reclama a inalienabilidade, a impenhorabilidade ou a incomunicabilidade da legítima. A perdularidade do filho, per si, é insuficiente para justificar a inalienabilidade da legítima, mas não o será se estiver centrada no fato de o herdeiro ter dissipado o patrimônio imobilizado e frugífero na aquisição de veículo de luxo.²⁴¹

A indignidade, por sua vez, consiste na exclusão do herdeiro no recebimento dos bens havidos na herança, ocasionada quando o indivíduo atentar contra a vida ou contra a honra daquele a que a sucessão trata-se, bem como quando tentar impossibilitar que, o agora falecido, disponha sob os seus bens.²⁴²

Aqui, no entanto, admite-se que o indivíduo que sofreu com um dos atos anteriormente colacionados, perdoe o autor do fato, por meio de testamento ou de manifestação expressa similar, fazendo com que a sanção não se convalide e o sujeito volte a integrar o rol de herdeiros beneficiados, quando da abertura de sua sucessão.²⁴³

²³⁸ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 71.

²³⁹ “Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

²⁴⁰ OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 71.

²⁴¹ *Ibid*, p. 74.

²⁴² “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

²⁴³ “Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico”. BRASIL. **Lei nº 10.406,**

Neste caso, o sujeito, fazendo uso da autonomia e do direito de escolha que lhe são próprios, pode permitir que o indivíduo que lhe lesou seja contemplado com um percentual ou com a integralidade de seu acervo hereditário, mesmo que a lei, em princípio, entenda e discipline o contrário.

Sobre a deserdação, esta também configura a exclusão do herdeiro quando este incorrer, além das hipóteses supramencionadas, ofender, injuriar, desamparar ou estabelecer relações amorosas ilícitas com os familiares do autor da herança.²⁴⁴ Neste caso, a exclusão irá decorrer da vontade manifestada do sujeito-alvo de ato de deserdação, mediante a elaboração de disposição testamentária nesse sentido, incumbindo ao herdeiro instituído ou a qualquer outro interessado confirmar a causa informada pelo testador como razão para a deserdação, por intermédio de uma demanda judicial, a fim de que o direito não se perca e o herdeiro indicado seja excluído da sucessão.²⁴⁵

Desta forma, depreende-se que, tanto os gravames quanto a indignidade e a deserdação, tratam-se das hipóteses de limitação do direito à legítima. Enquanto a primeira estabelece uma situação de proteção do herdeiro, as demais referem-se a uma penalidade atribuída ao herdeiro, haja vista que, em razão da conduta cometida contra o *de cuius*, o indivíduo acaba tendo retirada a prerrogativa de auferir, efetivamente, àquilo que lhe pertenceria, perdendo o direito à guarda, à administração, ao usufruto, à herança e ao bem propriamente dito.²⁴⁶

de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

²⁴⁴ “Art. 1.962 Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

“Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

²⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto.** Salvador: Editora JusPodvim, 2020. p. 231-233.

²⁴⁶ “Art. 1.816.

Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro**

Conforme salientam Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa,

A prática de algumas condutas pelo beneficiário (herdeiro ou legatário) pode estar revestida de particular reprovabilidade pelo sistema jurídico. Condutas ofensivas, desabonadoras e, até mesmo, criminosas podem ter sido levadas a efeito pelo sucessor em prejuízo daquele que está a transmitir o patrimônio.²⁴⁷

Acontece que, embora fique entendido sobre a necessidade destes institutos como formas de restrição ao direito de legítima, uma vez que permeados por questões que colocam em risco a integridade do autor da herança, é questionável sobre até que ponto a existência da legítima em si mesma inviabiliza o pleno exercício e a própria legitimidade da autonomia privada do sujeito de direito. Até que ponto, efetivamente, essa intervenção estatal resguarda e assegura os direitos fundamentais da pessoa humana que dispõe em vida da liberdade de bem administrar a sua vida, os seus bens e direitos?

Ainda mais considerando que, embora o Direito Sucessório usualmente tenha vinculação com o direito de propriedade, uma vez que buscava, em suma, a perpetuação do patrimônio adquirido para as próximas gerações, com o advento das transformações histórico-culturais e jurídicas anteriormente vistas, restou por transmutar o seu propósito proporcionalmente àquelas mudanças.

Isto significa que as razões que levaram à instituição da legítima não se fazem mais presentes na sociedade contemporânea, uma vez que o propósito do Estado e da entidade familiar foi sofrendo sucessivas transformações adaptativas com o passar do tempo, e é justamente essa transmutação que será analisada a seguir.

3.2 A INVIABILIDADE DA MANUTENÇÃO DA LEGÍTIMA NO ATUAL PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Com o advento das transformações atinentes ao próprio Estado de Direito, inicialmente expostas, a forma de viver e o papel desempenhado pela entidade familiar acabaram sendo remodelados.

As fases do Estado de Direito impactaram substancialmente na estrutura e no desenvolvimento das relações interpessoais, posto que, conforme abordado anteriormente, no Estado Liberal as relações eram caracterizadas pela prevalência e pela primazia da liberdade

de 2002. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

²⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Editora JusPodvim, 2020. p. 228.

individual, onde a atuação estatal era limitada e restrita.

O conceito de liberdade difundido nesse período referia-se, no entanto, basicamente, à capacidade e à possibilidade de o sujeito adquirir e transmitir bens, ou seja, tratava-se de prestigiar o caráter patrimonial nas relações interpessoais e, por conseguinte, não se cogitava à época sobre a valorização do caráter existencial dessa entidade.²⁴⁸

Já no Estado Social, a atuação estatal passou a ser dar de modo mais recorrente no âmbito das relações interpessoais, passando a haver uma interferência direta no conceito e na estrutura de família, utilizando-se como finalidade axiológica a busca pela justiça social.²⁴⁹

Importante referir as observações de Maria Celina Bodin de Moraes sobre a transição histórica rumo ao Estado Democrático de Direito:

Se o Estado de Direito, iluminista e racional, se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados.²⁵⁰

Assim, com o advento do Estado Democrático de Direito, marcado no Brasil pela promulgação da Constituição Federal de 1988, o caráter existencial da liberdade no âmbito das relações interpessoais passou a ser reconhecido. No caso, como passou a ser valorada a liberdade existencial, a entidade familiar começou a ser compreendida como o espaço para a realização dos anseios e desejos pessoais, ou seja, as vontades manifestadas pelas partes passaram a ser reconhecidas e a produzirem efeitos no âmbito jurídico.²⁵¹

Desta forma, em virtude do desejo das pessoas em se verem e se sentirem parte de uma realidade espontaneamente constituída num ambiente existencial digno, o modelo patriarcal, consolidado historicamente, abriu espaço para institutos plurais, no interior dos quais os sujeitos pudessem se sentir igualmente valorizados e respeitados perante suas escolhas e modos de vida próprios.

A família deixou de ser caracterizada pela prevalência do pátrio poder e pelo caráter eminentemente patrimonial e passou a ser permeada pela igualdade familiar, pelo afeto e pela representação do desejo do indivíduo em ser visto e valorado.²⁵²

²⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações familiares. **Revista de Direito Privado**, v. 19, p. 243-259, jul./set. 2004. p. 245.

²⁴⁹ *Ibid*, p. 246.

²⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**, v. 779, p. 47-63, set. 2000, p. 50.

²⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações familiares. **Revista de Direito Privado**, v. 19, p. 243-259, jul./set. 2004. p. 247.

²⁵² GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 12.

A partir desse momento, segundo Wilmar Taborda, “o indivíduo não existe mais para a família e o casamento; ao contrário, a família e o casamento existem e funcionam tendo como escopo o desenvolvimento e a felicidade pessoal do indivíduo”.²⁵³

Deste modo, a atuação dos membros nesse contexto foi alterada, e passou a se dar de modo diferente do que estava sendo feito até então, de maneira que o próprio Estado se viu impelido a criar mecanismos que pudessem tutelar e resguardar essa nova formação e condução familiares, inclusive no campo do Direito Sucessório, quando do falecimento de um de seus membros.

Neste íterim, a sucessão, até então vista sob a égide do modelo patrimonial, passou a ser regida e norteadada pelo princípio da solidariedade familiar, ganhando expressa proteção constitucional.

Atualmente o direito das sucessões é previsto no artigo 5º, XXX e 227, §6º da Constituição Federal, o qual resulta orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da pluralidade das formas familiares, da igualdade entre filhos e da reciprocidade entre pais e filhos.²⁵⁴

Apesar de a configuração da entidade familiar ter sido ressignificada ante os avanços sociais ocorridos, o paradigma da proteção e da continuidade do patrimônio deixado pelos falecidos para os descendentes ainda perdura nos dias atuais.

Conforme ressalta Sílvio de Salvo Venosa,

O Estado também tem o maior interesse de que um patrimônio não reste sem titular, o que lhe traria um ônus a mais. Para ele, ao resguardar o direito à sucessão (agora como princípio constitucional, art. 5º, XXX, da Carta de 1988) está também protegendo a família e ordenando a sua própria economia.²⁵⁵

Um dos exemplos desta transformação e da conseqüente adaptação do ordenamento positivo ao novo panorama histórico, cultural e social recai no Código Civil de 2002, revogando a codificação de 1916.

A legislação de 1916 era marcada por muitos traços de uma sociedade não mais condizente com os anseios do século 20: pela submissão da mulher em relação ao homem, pela distinção entre as formas de constituição de família, pela diferença entre filhos havidos na constância do matrimônio ou fora deste, bem como pela impossibilidade de dissolução legal da

²⁵³ TABORDA, Wilmar. **Poder político e direito de família**: o sujeito de direito no âmbito da família: uma visão histórico-política. Porto Alegre: AGE, 2010. p. 51.

²⁵⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 51-55.

²⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 4.

relação conjugal, ante a sua natureza ainda calcada em motivos religiosos.²⁵⁶

O Código Civil de 1916, em suma, tinha como propósito garantir, por meio de suas normas, a segurança das relações jurídicas, bem como auxiliar a circulação e a perpetuação da riqueza, razão pela qual consagrava, fundamentalmente, o patrimônio. As disposições eram arrazoadas para fomentar e resguardar os bens, sem que fosse pensado o homem como sujeito de significância efetiva frente ao ordenamento.²⁵⁷

Logo, a família não era compreendida como um ambiente de valorização ou desenvolvimento do sujeito, mas tão somente como um instrumento para a aquisição e propagação de riqueza.

Sobre este modelo civilístico, Pontes de Miranda assevera que

A finalidade da legislação estatal, em matéria de direito de família, como a finalidade das legislações confessionais sobre família é regular e proteger a vida do par andrógino, assegurar a procriação dentro da legalidade, fixar o que é parentesco jurídico, necessariamente menor que o parentesco biológico, mas, em alguns pontos, excedente (afinidade, adoção), e proteger os menores e os incapazes. O que caracteriza, como plus, a legislação moderna é o individualismo do direito de família.²⁵⁸

Era caracterizada a ordem jurídica anterior, portanto, pela patrimonialização das relações. Como os vínculos eram instituídos conforme interesses econômicos e financeiros, a propriedade e a sua conseqüente proteção eram entendidas como o instrumento pelo qual o sujeito poderia se realizar.²⁵⁹

Com as alterações trazidas pelos reflexos da própria reestruturação do Estado Democrático do Direito, entretanto, a legislação teve de sofrer significativas mudanças, proporcionais aos objetivos, finalidades, intenções e vontades de um novo tempo.

Para Maria Celina Bodin de Moraes,

A instituição familiar recebe a proteção legal se e enquanto mantém seu caráter de instrumento para o pleno desenvolvimento de aspectos existenciais, que dizem respeito à personalidade de seus membros, em detrimento das relações de dependência econômica, hoje não mais prioritariamente tuteladas.²⁶⁰

Deste modo, a legislação, até então preponderantemente patrimonial, cedeu lugar a

²⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei 11.698/2008: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 161.

²⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 67-68.

²⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito civil privado**: parte especial VII: direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 194.

²⁵⁹ LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 nov. 2019.

²⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Doutrinas essenciais de Direito Civil**, v. 2, p. 1.151-1.167, out. 2010. p. 1.157.

normas fundadas nos vínculos existenciais característicos das relações interpessoais²⁶¹, principalmente naqueles pautados no afeto.

Conforme expõe Orlando Gomes, a nova normativa civil fez com que o próprio conceito de família fosse ressignificado.

Seu cunho patriarcal e suas finalidades políticas foram combatidos, proclamando-se a conveniência de organizá-la em bases igualitárias e de se privá-la de qualquer função política. Negou-se o caráter religioso do matrimônio e se pugnou pelo enfraquecimento da autoridade paterna.²⁶²

Assim, a nova codificação implementou, mediante a alteração dos conceitos inerentes à entidade familiar, a repersonalização do direito, visto que o seu sentido passou a ser norteado e embasado na valoração do sujeito e dos anseios, materiais e existenciais, emanados das pessoas.²⁶³

Tradicionalmente, o conceito de indivíduo não era associado à sua existência e aos seus anseios, mas sim à sua propriedade; daí que os efeitos jurídicos considerados eram apenas, ou preponderantemente, os patrimoniais.²⁶⁴

Com a repersonalização do direito civil, o indivíduo passa a ser valorizado, de modo que a família, patriarcal, patrimonializada e hierarquizada, transmutou-se e passou a ser compreendida como um ambiente de desenvolvimento e fortalecimento do ser humano e de suas aspirações existenciais. A autonomia do sujeito passou a ser considerada e a produzir, por consequência, efeitos nas mais variadas searas. A vontade manifestada pelo indivíduo passou a ser associada à dignidade e à liberdade.

O que sucedeu-se, em suma, é que, com o advento do Estado Democrático de Direito e com a consequente condecoração da Constituição Federal como instrumento normativo supremo do ordenamento jurídico, responsável por priorizar e compreender o ser humano como fundamento axiológico e objetivo primordial nas suas mais diversas acepções²⁶⁵, o Código Civil

²⁶¹ FACCHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 78.

²⁶² GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 39.

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33.

²⁶⁴ PEREIRA, Sumaya Saddy Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 86.

²⁶⁵ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência

foi modificado.²⁶⁶

A legislação infraconstitucional, que até então regulava as relações havidas entre os particulares com assento patrimonial, necessitou adaptar-se aos novos preceitos emanados da Carta Máxima, visto ser necessário, do ponto de vista legislativo, regulamentar e definir os eixos normativos oriundos da norma fundamental.²⁶⁷

Logo, as relações estabelecidas entre os particulares, como as questões inerentes à família, à propriedade e ao próprio sujeito, foram profundamente alteradas. Não haveria razão para a Constituição ter elevado o ser humano à função estruturante do Estado e violá-lo no âmbito do direito privado, seja por ação ou omissão legislativa, em discrepância aos preceitos constitucionais.²⁶⁸

A Constituição veio, inclusive, com o papel de minimizar a legalidade em sentido estrito, propondo uma nova teoria das fontes jurídicas e da interpretação no Direito, fazendo com que a norma aplicada ao particular se fundamente em valores normativamente assentes no texto constitucional que reiterem a sua importância. Não se mostra mais suficiente à aplicação literal da lei; é necessário que a norma tenha um propósito, que atenda as demandas sociais e que atue na defesa e promoção efetiva das pessoas. Caso contrário, poderá ser considerada incompatível com o Texto Maior, no sentido de um descompasso intolerável.²⁶⁹

Não basta que o ordenamento proteja o ser humano; é fundamental que este tenha a sua dignidade e o livre desenvolvimento da sua personalidade assegurados. O Estado deve, no âmbito público e privado, permitir que a pessoa possa agir, pensar, decidir e constituir-se de forma autônoma; deve consentir e criar espaços para o livre exercício da autonomia existencial do sujeito.²⁷⁰

Para tanto, o texto máximo do ordenamento deixou de dispor apenas sobre normas que visassem proteger o homem contra o Estado, e passou a disciplinar sobre as relações interpessoais. Logo, os preceitos dispostos na Constituição Federal começaram a incidir também nas relações entre os particulares.²⁷¹

Como os valores compreendidos na Constituição começaram a irradiar-se por todo o

da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

²⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana** – estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 21-28.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana** – estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 40.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 102-103.

ordenamento, os direitos fundamentais passaram a vincular o homem e as relações por ele estabelecidas. Os direitos fundamentais passaram a ter vinculação e eficácia direta e imediata²⁷² sobre os particulares.²⁷³

Isto porque, de acordo com Daniel Sarmiento Leite, “como norma jurídica que é, dotada de imperatividade, a Constituição não necessita de mediação do legislador civil para incidir sobre tais relações, podendo, por si só, alcançá-las com seus comandos”.²⁷⁴

Destarte, fica evidente que houve a constitucionalização do direito privado: a pessoa, a família e o patrimônio passaram a ser interpretados conforme a Constituição, e a serem entendidos como os meios pelos quais a dignidade²⁷⁵ e a liberdade da pessoa, máximas da Constituição, poderão ser exercidas.

Conforme diz Fernanda Borghetti Cantali,

A proteção primordial da pessoa apenas enquanto ser dotado de dignidade impôs uma verdadeira alteração paradigmática, a partir da qual não mais se admite relegar ao segundo plano a tutela dos interesses existenciais, posto que a dignidade humana, enquanto valor constitucional é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, devendo ser o telos de todo o sistema.²⁷⁶

O Código Civil, portanto, deixou de ser analisado apenas pelo prisma dos requisitos formais à sua elaboração. A legislação passou a observar os preceitos emanados da Carta Máxima, visto que, como ordem axiológica do ordenamento, funcionalizou os dispositivos legais.²⁷⁷

Destá forma, o Direito Civil, que antes era visto como o espaço de liberdade para o homem contratar e que reconhecia o sujeito apenas como proprietário e contratante, passou a ser um desdobramento dos princípios e regras norteadores da Constituição

²⁷² “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020

²⁷³ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 102-103.

²⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 101.

²⁷⁵ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

²⁷⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85-86.

²⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

Federal.²⁷⁸

O Direito Civil assumiu, pois, um papel de instrumento à efetivação dos direitos fundamentais, assegurando que o sujeito de direitos tenha a liberdade e a autonomia para exercer os atos existenciais como melhor entender, bem como tenha à disposição os mecanismos necessários ao desenvolvimento da sua personalidade.²⁷⁹

Assim sendo, o caráter individualista da legislação, anterior ao advento do Estado Democrático de Direito, cedeu lugar ao ambiente de efetiva promoção do homem. O indivíduo deixou de ser valorado como livre e autônomo apenas pela capacidade de negociar e adquirir patrimônio, mas, sim, pela possibilidade de escolha, senso crítico e razão que o elevam à posição de elemento imprescindível à legitimidade do próprio Estado.²⁸⁰

Segundo Luiz Edson Fachin, “o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui a capacidade de dominar a si e à natureza através da razão”.²⁸¹

Fica compreendido, portanto, que o Direito Civil deixa de ser a norma máxima do direito privado. A liberdade e a autonomia não são mais conferidas pelo Estado como uma expressão de autorização ou licença dependente do poder político, mas tão somente reconhecidas, em razão de que a aproximação do direito público e do direito privado e a interpretação da legislação de acordo com a Constituição fizeram, por exemplo, com que a capacidade de escolha e de gestão inerentes à liberdade humana fossem, enfim, reconhecidas como um direito inalienável de toda e qualquer pessoa.²⁸²

Além disso, os princípios foram positivados e começaram a ser utilizados pelo julgador como método para interpretação e aplicação da norma. A regra perdeu o espaço hierárquico que ocupava, e passou a ser executada mediante uma interpretação conforme os princípios constitucionais.²⁸³

Isto, no entanto, não quer dizer que o sistema jurídico se tornou um sistema fechado,

²⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da Doutrina Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-21.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade – anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, 2005, p. 62.

²⁸² BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 104-105.

²⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

mas tão somente que se transformou em um sistema hierarquicamente coerente, onde todas as normas emanadas passaram a relacionar-se com a Carta Máxima. Como a Constituição Federal possui força normativa, é imperioso que o sistema seja uno, que o direito público e o direito privado associem-se, ao passo que o Estado é o meio, e a pessoa, o fim.²⁸⁴

Desta maneira, o sistema terá coerência e aplicabilidade imediata, posto que as normas, ainda que plurais e de níveis hierárquicos distintos, irão guardar relação entre si e serão funcionalizadas em reverência ao primado constitucional.²⁸⁵

A repersonalização, portanto, permitiu a aplicação do direito de modo mais justo, visto que os parâmetros utilizados para a implementação da Constituição foram mais sensíveis, mais apurados e com maior potencial de mudança, comparativamente à legislação infraconstitucional. À vista disso, aproximar a lei da máxima axiológica permite que o Estado cumpra com a sua função.²⁸⁶

Importante destacar que o homem passa a ser compreendido como sujeito detentor de direitos e como instrumento de legitimidade do Estado a partir do momento em que é introduzido na sociedade, vindo a adquirir capacidade com o passar do tempo. O Estado passa a compreender a pessoa como ser capaz e, em razão dessa capacidade, lhe outorga autonomia para contratar e exercer os atos da vida civil como bem entender. Essa capacidade é intrínseca ao sujeito, e apenas lhe é retirada quando demonstrada a ausência de discernimento para a atuação autônoma e independente.²⁸⁷

O Estado parte do pressuposto de que o indivíduo é capaz, conferindo-lhe autonomia para deliberar. Logo, se para os atos negociais o homem é presumivelmente capaz, não teria porque não ter reconhecida essa capacidade na esfera existencial.²⁸⁸

O ser humano é autônomo em sua liberdade, tanto que o Estado lhe adverte das eventuais sanções que poderá incorrer pela prática de determinado ato, cabendo ao mesmo escolher a forma de agir e os riscos que correrá caso atue em desconformidade com a lei.²⁸⁹

Assim, funcionalizar o direito privado permite que o sujeito, por consequência, consiga valer-se da dignidade e da liberdade que lhe são próprias em suas mais variadas vertentes e ramificações, e que os primados constitucionais sejam efetivados e elevados pelo Estado.

²⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e ordem pública na legalidade constitucional. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a.4, n. 17, p. 223-235, out./dez. 2005. p. 226-229.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 77-78.

²⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 39-41.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.*

Prova disso é que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, prega pela liberdade do indivíduo em estabelecer relações, instituindo, ainda, implicitamente, a finalidade delas em potencializar o desenvolvimento da personalidade do sujeito, haja vista que a entidade familiar reflete e repercute a autonomia e a dignidade das pessoas.²⁹⁰

Conforme aborda Paulo Lôbo,

O princípio da liberdade na família está contemplado, na Constituição, de maneira difusa, tendo duas vertentes: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade; e liberdade de cada membro diante dos outros membros e diante da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.²⁹¹

Essa repersonalização fez com que a finalidade do Código Civil fosse remodelada. Toda a codificação anterior ao processo de constitucionalização do direito privado pautava-se no patrimônio e na necessidade de perpetuação dos bens. A legislação visava ao engrandecimento financeiro dos sujeitos, considerando que a realização do homem ocorria tão somente por meio do capital, e era caracterizada por um viés estritamente individualista.²⁹²

Desta forma, a codificação na ideologia pré-1988, fundada essencialmente na propriedade, no contrato e na família, outorgava uma interpretação estritamente patrimonial e egocêntrica a esses institutos.²⁹³

A propriedade era o rumo da atuação do sujeito, bem como a máxima que intentava alcançar, de maneira que o conceito de autonomia, conforme abordagem inicial, compreendia a liberdade conferida ao homem em contratar, adquirir e negociar como melhor lhe aprouvesse. O sujeito agia em busca da propriedade e pretendia que o Estado, por meio das normas, o reconhecesse no direito absoluto de ser proprietário.²⁹⁴

Com o advento do Estado Democrático de Direito, entretanto, o âmago deixou de ser o patrimônio e deslocou-se para a figura existencial do ser humano. Por esta razão,, as normas foram constitucionalizadas e a propriedade foi funcionalizada, passando a atender uma função

²⁹⁰ PEREIRA, Sumaya Saddy Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 107.

²⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista de Direito Privado**, v. 19, p. 243-259, jul./set. 2004. p. 252.

²⁹² FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 75-76.

²⁹³ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: a teoria da autonomia – titularidades e direito reais nos factuais do direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 43.

²⁹⁴ *Ibid.*

específica e não mais a ditar as normas vigentes.²⁹⁵

O direito à propriedade deixou de ser absoluto e de ter um caráter de proteção e de significação do homem. A propriedade, portanto, passou a ser considerada uma extensão do direito de personalidade do sujeito, uma vez que o patrimônio, por deixar de ser um elemento unitário integrante da pessoa, passou dela a utilizar-se.²⁹⁶

Isto indica que a propriedade se transmutou, uma vez que perdeu o propósito de ser utilizada como instrumento de atuação econômica e começou a ser implementada e pensada em benefício do indivíduo. A repersonalização do direito fez com que o patrimônio passasse a servir o indivíduo e não mais o indivíduo a servir ao patrimônio, como quando do Estado Liberal.²⁹⁷

Essa funcionalização do patrimônio, contudo, não significa que o mesmo foi retirado da pauta de proteção do ordenamento, tampouco que deixou de implicar na configuração do sistema, até porque os bens e a sua livre circulação permanecem sendo a forma pela qual a ordem econômica do Estado é garantida.²⁹⁸

O que sucedeu-se foi que, com a elevação da pessoa à máxima da proteção constitucional, o patrimônio passou a ser empregado com a finalidade de instrumentalizar o livre desenvolvimento da personalidade do sujeito, mediante a garantia da liberdade e da autonomia de gestão.²⁹⁹

Assim sendo, o Código Civil, observando as diretrizes instituídas pela Constituição, adotou uma postura mais humanista e mais voltada à valoração do homem ao invés de canalizada em benefício do viés patrimonialista vigente até então.³⁰⁰

Conforme Gustavo Tepedino, “propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana”.³⁰¹

A família foi o pilar que mais sofreu alterações com esse processo de repersonalização, em razão de que, embora sendo a base da sociedade, o papel desempenhado por cada membro

²⁹⁵ COSTA, Maria Aracy Menezes de. Restrições à liberdade de dispor: o testamento no novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 302-304.

²⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 43-46.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 33-34.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 59.

³⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 310.

que a compõe foi modificando-se com o passar do tempo, de forma que o instituto da família se desligou da compreensão de entidade única e total e lançou-se como entidade que valoriza e promove cada integrante familiar, conforme seus anseios, desejos e particularidades. Cada membro possui um valor em si e para si.³⁰²

Isto posto, o modelo tradicional de família foi ruindo. O homem foi destituído da função de chefe de família e a entidade deixou de ser entendida apenas como a vinculação afetiva havida entre homem e mulher, e começou a ser configurada como o espaço de igualdade e liberdade que satisfaz o sujeito.³⁰³

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “a família tradicional apresentava-se como triplamente desigual: nela, os homens têm mais valor que as mulheres; os pais, maior importância que os filhos e os heterossexuais, mais direitos do que os homossexuais”.³⁰⁴

Assim, a repersonalização do direito fez com que a entidade familiar passasse a ser vista como meio de realização e desenvolvimento pessoal, onde o indivíduo busca amparo, estabelece laços por critérios de afeto e afinidade, sendo valorado por suas qualidades e escolhas, e não por seu patrimônio. A funcionalização, portanto, consolidou as dimensões existenciais da afetividade e da dignidade da pessoa humana.³⁰⁵

De acordo com Sumaya Saady Morhy Pereira,

A família passa a ter papel funcional: servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior ao interesse de seus membros, mas passa a ser tutelada por ser instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram. Merece a tutela constitucional, como lugar em que se desenvolve a pessoa, em função da realização das exigências humanas.³⁰⁶

Tal modificação fez com que o sujeito e os seus anseios fossem compreendidos como a base estrutural da relação interpessoal, na qual o desejo manifestado, espontânea e voluntariamente, prepondera em relação a qualquer outro critério, seja ele patrimonial, sanguíneo ou nominal.³⁰⁷

Além de ser considerado que a família, embora percebida como espaço de formação social, não pode ser vista de maneira unitária, é imperioso que a proteção legal outorgada à entidade

³⁰² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana** – estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 212-213.

³⁰³ *Ibid*, p. 208-209.

³⁰⁴ *Ibid*, p. 211.

³⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista de Direito Privado**, v. 19, p. 243-259, jul./set. 2004. p. 251.

³⁰⁶ PEREIRA, Sumaya Saddy Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88.

³⁰⁷ BRAUNER, Mária Cláudia Crespo. **O direito de família: descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001. p. 11.

seja estendida, sem qualquer distinção, a todos os seus membros. É forçoso que a autonomia e o livre desenvolvimento de personalidade sejam conferidos individualmente.³⁰⁸

A família, assim como qualquer outro elemento fundamental à organização do Estado e da sociedade civil, deve ser pautada na democracia, a fim de que seja permitido que os sujeitos que a compõem atuem de maneira autônoma e independente, sendo valorados de igual forma. A pessoa deve ter assegurado o direito de decidir os rumos do núcleo familiar, bem como das questões que, individualmente, lhe afligem, independentemente dos desejos e anseios de outrem. O direito de escolha, no âmbito pessoal, deve ser assegurado e efetivado.³⁰⁹

Isto porque, se o homem, conforme inicialmente abordado, é o instrumento para a realização da democracia, uma vez que autor e destinatário das leis, mostra-se lógico e racional que esse ideal democrático seja promovido no espaço familiar, ou seja, que o indivíduo possa ser livre, que tenha a sua capacidade de escolha reconhecida e que atue, incisivamente, na escolha das decisões que impactam a si diretamente.³¹⁰

Se o indivíduo tem capacidade para atuar no fortalecimento do Estado e da sociedade civil (além de outras esferas sociais significativas no âmbito da comunidade), por que não poderia atuar e ser reconhecido da mesma forma na esfera das relações interpessoais dedicadas ao eixo familiar?

Desta forma, com os reflexos significativos causados pela modificação e assunção desse novo papel do ser humano e da família, o ordenamento jurídico, partindo da premissa da constitucionalização, passou a observar a nova realidade reivindicada socialmente, haja vista que, como muito bem sustentado por Carlos Silveira Noronha,

Com a evolução social e política dos tempos modernos, as constituições do Estado vêm introduzindo sensíveis alterações na composição e organização da família, por entenderem que esta constituiu o núcleo fundamental, a base sólida em que repousa toda a organização social, inclusive a do próprio Estado.³¹¹

Um dos marcos dessa nova legislação foi o reconhecimento do filho extraconjugal como sujeito detentor dos mesmos direitos do filho havido na constância do casamento.

A percepção e a legitimação dessa igualdade sucederam em razão do entendimento acerca da inexistência de motivos que justifiquem a distinção de tratamento entre os filhos, uma vez que

³⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 245-246.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana** – estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 211.

³¹¹ NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 10, p. 161-174, 1994. p. 169. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69389>. Acesso em: 10 nov. 2019.

os mesmos não podem ser diferenciados pela forma com que foram concebidos. Além disso, essa repersonalização e elevação do sujeito possibilitou que a vontade individual passasse a reverberar no ordenamento, passando a ser reconhecida e implementada pelo Estado.

Tal condecoração do direito existencial do homem no sistema jurídico pode ser verificada nas seguintes situações:

a) Abolição da discussão da culpa no término do casamento:³¹²

O afastamento da culpa na dissolução dos vínculos conjugais³¹³ corroborou com a primazia da vontade das partes no âmbito das relações interpessoais, uma vez que possibilitou que os sujeitos, a partir do momento em que deixassem de sentirem-se amados e significados pelo parceiro, pudessem romper com o vínculo firmado, sem que qualquer penalidade lhes fosse imposta.

Como a família assumiu uma posição de instrumento de realização e satisfação pessoal dos sujeitos, passando a ser denominada de família eudemonista, não haveria razão para o indivíduo ser condenado pelo simples fato de finalizar um projeto de vida a dois que fracassou e, em face disso, buscar reestruturar-se com um novo núcleo que o satisfaça e o faça feliz.

A manifestação da vontade da pessoa não pode ser passível de reprovação, tampouco implicar em consequências no momento da formalização da extinção do liame afetivo. O Estado deve apenas validar a vontade das pessoas, não intervindo, questionando ou condenando-as pelo direito de escolha supervenientemente exercido, mesmo porque, além do próprio Código Civil, em seu artigo 1.513, disciplinar acerca da impossibilidade de intervenção na comunhão de vida familiar³¹⁴, a existência do indivíduo está diretamente relacionada à sua capacidade de vincular-se da forma que melhor atenda seus desejos, independentemente de qualquer dogma, preceito ou norma.

³¹² Exemplificativamente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial n. 922.462/SP**. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 4 abril 2013.

³¹³ Ainda que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça tenha entendido, no REsp 1247098-MS (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial n.º 1247098/MS**. Relatora Min. Maria Isabel Galloti. Julgado em 14 março 2017), que a Emenda Constitucional n. 66/2010, que trata sobre a decretação direta do divórcio não tenha acabado com o instituto da separação no ordenamento jurídico, haja vista que ambos persistem na legislação, é uníssono o entendimento de que a culpa pelo término do casamento não traz mais nenhuma implicação legal, não sendo necessário trazer à tona as razões pelas quais o vínculo amoroso fora desfeito.

³¹⁴ “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

b) Reconhecimento da união homoafetiva:³¹⁵

O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, também, traz à tona a ideia do princípio da dignidade como centro da autonomia do indivíduo e que, por essa razão, as escolhas realizadas pelos sujeitos devem ser respeitadas, valoradas e reconhecidas pelo ordenamento.

Na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277DF, fica claro que não haveria por que tolher o sujeito de se relacionar da forma como melhor lhe aprouver, assim como o Estado negar proteção legal a uma escolha do indivíduo, que o significa, que o constitui como ser autônomo e que se encontra diretamente relacionada ao seu livre desenvolvimento, pelo simples fato da legislação empregar terminologia específica acerca da união estável.

No caso, embora a Constituição, em seu artigo 226, §3º, empregue a terminologia homem e mulher para tratar acerca da união estável, é necessário que a norma seja interpretada à luz dos princípios constitucionais, constituindo-se como instrumento de efetivação e garantia desses preceitos. Logo, entende-se que não haveria razão para outorgar tratamento diferenciado às entidades familiares heteroafetivas e homoafetivas, ainda mais quando a própria Constituição passou a compreender a expressão família não mais apenas como a configuração tradicional, mas também nas suas mais variadas vertentes.

Assim, o direito de escolha do indivíduo não poderia ser reduzido, tampouco tolhido em razão de um conceito, sendo fundamental que a terminologia adotada fosse revista e atualizada.

Neste caso, conclui-se que, em face da repersonalização do ordenamento e dos próprios indivíduos, os quais foram alçados a um papel fundamental na atuação do Estado de Direito, a legislação deve ser interpretada conforme a norma axiológica da dignidade da pessoa humana; caso contrário, toda a tutela e a ressignificação implementadas com o novo Estado restarão inócuas.

c) Reconhecimento da multiparentalidade:³¹⁶

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 898.060-SP e que, posteriormente, virou o Tema 622³¹⁷, entendeu pela possibilidade do reconhecimento,

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 5 maio 2011.

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 898.060/SP**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21 set. 2016.

³¹⁷ “Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema n. 622**. Disponível em:

simultâneo, da filiação socioafetiva e da filiação biológica, sem que isso importe em prevalência de uma sobre a outra.

Desta forma, a parte pode ter reconhecida a existência simultânea de dois genitores ou duas genitoras, sendo que em um, a vinculação encontra-se firmada sob as égides sanguíneas, e com a outra, pela relação afetiva estabelecida, pelo sentimento de pertencimento construído pelas partes. Aqui, existe o reconhecimento de uma situação fática de amor genuíno vivenciada por dois sujeitos que se entendem e se significam como pais e filhos.

Nessa decisão, o Ministro Relator Luiz Fux, quando da prolação de seu voto, entendeu que:

A eleição das próprias finalidades e objetivos de vida do indivíduo tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos em priori pelo legislador... o de que indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, sendo vedado a quem quer que seja, incluindo-se legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte.³¹⁸

Ao reconhecer a importância do afeto nas relações familiares, bem como permitir que o mesmo reverbera no direito de escolha do sujeito, o Estado admite toda pessoa como um fim em si mesmo. Neste momento, é resgatada a ideia de Kant,³¹⁹ do homem como ser racional, capaz de decidir sobre as suas escolhas, sem a interferência do Estado, haja vista que tem a plena capacidade de autodeterminar-se.

O princípio da dignidade passa a ser compreendido como a correlação com a autonomia e a liberdade da pessoa em escolher, no âmbito das suas relações, aquilo que o satisfará.

d) Igualdade sucessória entre o cônjuge e o companheiro:

O reconhecimento do companheiro como sujeito portador dos mesmos direitos sucessórios que o cônjuge pode ser visto, também, como uma forma de manifestação da funcionalização do direito privado. Tendo em vista que, se a própria Constituição Federal em seu artigo 226, §3³²⁰, vislumbra e outorga proteção à união estável como entidade familiar, por que no

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622#>. Acesso em: 28 nov. 2020.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 898.060/SP**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21 set. 2016.

³¹⁹ KANT, Immanuel. **A fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda, 2007.

³²⁰ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Direito Sucessório deveria ser diferente? Por que a forma de amar deveria sofrer distinção pelo simples fato de constituir-se de modo fático e simplificado?

O Estado, reconhecendo a distinção desmedida e arbitrária, por meio da Corte Suprema do Poder Judiciário³²¹, equiparou o cônjuge e o companheiro para fins de regime sucessório.

Com o passar do tempo, e com a alteração do propósito familiar, o cônjuge, ante a valoração e o reconhecimento de que o afeto repercute nas relações interpessoais, foi alçado à condição de herdeiro necessário. Depois do importante precedente do Supremo Tribunal Federal, tal reconhecimento abarcou igualmente o companheiro.

Dessa forma, diante dos casos supracolacionados, constata-se que essa repersonalização do direito e a conseqüente elevação do sujeito possibilitou que a vontade emanada pelo mesmo passasse a reverberar no ordenamento, passando a ser reconhecida pelo Estado.

A funcionalização das normas, de acordo com os preceitos instituídos pela Constituição Federal, permitiu que a vontade humana fosse valorada e que passasse a produzir efeitos e alterar, efetivamente, a norma jurídica.

O ser humano, conforme visto anteriormente, sofreu profundas modificações ao longo do tempo histórico, passou a ter anseios e intentos distintos e, proporcionalmente à forma como é compreendido e significado pelos seus e pelo próprio Estado, alterou-se da mesma maneira. O afeto começou a ser entendido como norte das relações familiares³²², como determinante para

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

³²¹ DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provedimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 878.694/MG**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 10 maio 2017.

³²² Ainda que, conforme muito bem explanam Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa, em Teoria Geral do Afeto, exista divergência acerca da classificação da afetividade como norma, princípio ou postulado, é inegável que a afetividade passou a nortear as relações familiares e a ser reconhecida pelo Estado, implicando em significativas alterações no ordenamento, conforme visto nas decisões trazidas acima.

a continuidade ou ruptura das relações, em razão de que o desejo das partes em permanecerem juntas deveria se sobrepor a qualquer imposição ou condição.³²³

Deste modo, se o afeto passou a incidir e produzir consequências de toda ordem no reconhecimento do direito à escolha do homem, por qual razão tal reconhecimento não poderia ter estendida à sucessão?

Se o homem tem liberdade para firmar as relações como quiser e que, por essa razão, o afeto foi primado e valorado pelo Estado³²⁴, visto que houve o entendimento de que o indivíduo apenas pode ser considerado digno se for autônomo para deliberar acerca da sua existência, é coerente que essa mesma capacidade seja reconhecida no âmbito do Direito Sucessório. A razão utilizada pelo homem para a escolha é a mesma, a capacidade e a autonomia que o tornam digno também é a mesma.

Assim sendo, não se mostra lógico que o Estado tenha evoluído significativamente nas relações familiares, mas não venha outorgando o mesmo tratamento nas relações sucessórias. O cerne de tais institutos remonta à mesma origem: o ser humano, a sua autonomia e a sua dignidade.

Se a vontade emanada pelo indivíduo foi considerada válida para a constituição das relações, contribuindo, como visto acima, na implantação da Lei do Divórcio, na igualdade entre os filhos e entre as entidades familiares, por que não pode ser considerada para fins sucessórios? O homem é livre para viver como quiser, mas essa mesma liberdade e autonomia que lhe é outorgada durante toda a sua existência lhe é retirada após a sua morte. Se o afeto prepondera nas relações intervivos, é evidente que deve permanecer preponderando e sendo reconhecido mesmo após a morte do sujeito.

A legítima foi instituída como uma forma de perpetuar o patrimônio; no entanto, agora, com o reconhecimento do afeto como norte das relações familiares, mostra-se coerente que seja também utilizado como fundamento para a disposição patrimonial pós-morte.

³²³ SILVA, Clóvis do Couto e. O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista dos Tribunais**, v. 628, p. 7-18, fev. 1988; DTR, 1988, 36. p. 15.

³²⁴ Em recente decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em Recurso de Apelação n.º 70082663261, a 8ª Câmara Cível, na Relatoria do Desembargador Doutor José Antônio Daltoé César, houve o reconhecimento de famílias simultâneas, ou seja, o reconhecimento da possibilidade de duas entidades familiares distintas (união estável e casamento) coexistirem. O fundamento da decisão, conforme referido pelo próprio Relator, em seu voto, ao citar o doutrinador Conrado Paulino da Rosa, em seu livro *Direito de Família Contemporâneo*, foi que “cabe ao direito estabelecer a concretização dos valores fundamentais do ser humano, com base em seus instrumentos jurídicos, operacionalizando o alcance dos interesses, a realização de atos e atividades dos indivíduos.” Ainda, continuou, “não me parece adequado que o formalismo legal prevaleça sobre situação fática há anos consolidada. Precisamos aceitar que os sentimentos não estão sujeitos a regras, tampouco a preconceitos”. Aqui, mais uma vez, houve o reconhecimento do homem como indivíduo autônomo e capaz para deliberar sobre as questões inerentes à sua vida, desejo e existência.

Não é congruente que o afeto seja empregado como máxima ao longo da vida e, quando do falecimento do indivíduo, seja sobreposto por vinculações e pressupostos legais, cujas razões de instituição e existência ruíram.

O homem é digno, autônomo e capaz, de forma que não se mostra proporcional que tais elementos, que lhe são próprios, lhe sejam retirados, a fim de que outrem seja resguardado e tutelado, ainda mais considerando que os fundamentos da sucessão e da legítima mudaram, ou seja, quando a finalidade da instituição de normas de solidariedade e de auxílio perpétuo não necessitam mais fazerem-se presentes na sociedade contemporânea.

A Codificação, no entanto, por ter sido elaborada na década de 70, permaneceu sustentando a legítima em características eminentemente patrimoniais, fazendo com que o patrimônio prevalecesse aos anseios do sujeito. Aqui, a pessoa permaneceu sendo valorada e considerada pelo acervo patrimonial que detém, e não pelo projeto existencial e pela liberdade de escolha que se constituem como o centro da sua dignidade.³²⁵

Conforme Gustavo Tepedino,

O novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988.³²⁶

Dessa forma, a repersonalização do direito civil não incidiu sob as disposições sucessórias, visto que, embora a Constituição Federal tenha alçado a dignidade da pessoa humana à máxima do ordenamento, a permanência da legítima mostrou-se o oposto da necessária funcionalização das relações patrimoniais. A liberdade, a autonomia e a dignidade do indivíduo restaram suprimidas e ignoradas.

Outrossim, além da família e do patrimônio terem sido funcionalizados, conforme já amplamente abordado, é importante referir que a vulnerabilidade e a diferença entre os membros da comunidade familiar não subsistem mais. Isso pode ser verificado na própria alteração do regime padrão de bens, onde o regime da comunhão universal cedeu lugar para a comunhão parcial de bens, que se mostra como caso desta remodelação. Com a ressignificação do papel da mulher no âmbito do ambiente familiar, não se fazia mais necessário que ela fosse destinatária da tutela por parte do Estado, como se destituída de autonomia e liberdade próprias.

³²⁵ TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 7, 2001. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.007.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2021.

³²⁶ *Ibid.*

Na verdade, a família, ainda que firmada por laços afetivos, por um longo tempo foi instituída sob a égide da supremacia paterna, sendo nordeada e gerenciada pelo comando masculino, onde o homem assumia a autoridade do núcleo familiar e era o responsável por prover, gerir e decidir todas as questões inerentes ao lar conjugal.

Nesse passo, à mulher incumbia, única e exclusivamente, cuidar e amparar os interesses domésticos da casa e de seus integrantes, respondendo, basicamente, pela internalização do afeto nos sujeitos integrantes do sistema familiar.³²⁷

Resumidamente, enquanto o homem exercia atividade laboral remunerada, sendo o mantenedor financeiro do lar, a mulher, por ser considerada o referencial afetivo daquele seio, permanecia apenas cuidando dos filhos e da residência como um todo.

O homem era considerado o esteio do núcleo familiar, enquanto a mulher encontrava-se subjugada em relação ao mesmo, dependendo do cônjuge, inclusive, para a aquisição da plena capacidade civil. Um dos marcos desse período no Brasil foi a existência do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), legislação que tratava acerca do papel desempenhado pela mulher em relação ao vínculo conjugal estabelecido.³²⁸

Desta forma, as atribuições do homem e da mulher em relação ao núcleo familiar possuíam uma distinção significativa, de modo que não haveria como esta diferença não incidir em reflexos quando da abertura da sucessão. A mulher, por ser vista como incapaz de gerar a própria subsistência, não poderia ser deixada desamparada quando do falecimento do cônjuge, de modo que, pelas consequências naturais geradas pelo regime da comunhão universal de bens, permaneceria com 50% do patrimônio deixado pelo “de cujus” e conseguiria, dessa forma, manter uma vida digna até a sua morte.

Acontece que, com a mudança do papel da família, conforme anteriormente mencionado, as atribuições inerentes às figuras maternas e femininas também foram alteradas. A mulher passou a ter voz ativa, a inserir-se no mercado de trabalho e a possuir relevância no meio social, deixando de ser vista como um sujeito dependente e interligado ao homem e, assim, não teria motivo para permanecer recebendo a mesma tutela estatal.

Prova disso foi a revogação do Estatuto da Mulher Casada e a implementação da Lei do Divórcio – Lei 6.515/77. O primeiro exemplo extinguiu a incapacidade relativa da mulher casada, reconhecendo-a como capaz para administrar as questões inerentes ao seio familiar, enquanto o segundo possibilitou que a vontade das partes preponderasse quando da extinção do

³²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana** – estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 212.

³²⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 442.

vínculo conjugal.

Conforme sustenta Wilmar Taborda,

Com a definitiva incorporação da mulher no mercado de trabalho, feneceu a posição do pai/marido como o centro do poder e único provedor econômico do sistema familiar. Ultrapassada a ideia de posse e de poder pela de função de responsabilidade, mais consentânea com a realidade das relações atuais entre pai, mãe e filhos, nova concepção de poder, agora compartilhado e solidário entre marido e mulher, despontou no âmbito da família.³²⁹

Logo, a proteção legal foi alterada, e o patrimônio adquirido pelas partes durante o relacionamento deixou de integrar o rol de bens a serem partilhados, visto que, por já pertencer ao cônjuge, não teria motivo para herdar em concorrência com os demais beneficiários. A meação, entendida como a metade dos bens comuns, não é alvo de divisão, cabendo ao cônjuge/companheiro sobrevivente apenas um percentual sobre o patrimônio individual do falecido, quando existente.

Assim, se a legislação evoluiu a ponto de reconhecer a mulher como indivíduo autônomo e independente perante ao homem, passando a ser detentora de suas vontades e escolhas, por qual razão tal liberdade não pode preponderar e fazer-se válida no Direito Sucessório?

O princípio da solidariedade, que foi e que permanece sendo utilizado como argumento para a manutenção da legítima no ordenamento vigente, não se mostra mais adequado, justamente em razão da nova configuração familiar. A incidência da solidariedade mostra-se não mais como uma forma de promover a adequação do interesse individual ao interesse social, mas, sim, como uma afronta à liberdade da pessoa.³³⁰ Se o indivíduo é inviabilizado de exercer a sua capacidade de pensar e dispor sobre aquilo que lhe pertence, como poder-se-á permitir o desenvolvimento integral de sua personalidade?

A manutenção da legítima no ordenamento não mais se apresenta como proteção, mas, sim, como intervenção. A proteção ocorre para resguardar os membros do núcleo familiar, possibilitando que todas as formas de constituição sejam igualmente tuteladas.

Regular a forma como ela se desenvolverá e a forma com que as normas serão estabelecidas, no entanto, mostra-se uma verdadeira afronta à dignidade, à liberdade e à existência do indivíduo. Se a família é o espaço de construção, coexistência e promoção, não

³²⁹ TABORDA, Wilmar. **Poder político e direito de família**: o sujeito de direito no âmbito da família: uma visão histórico-política. Porto Alegre: AGE, 2010. p. 139.

³³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana** – estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 51.

pode ser regulada assim tão restritivamente pelo Estado.³³¹

A liberdade é o segmento mais íntimo do desenvolvimento da personalidade, não podendo, para questões existenciais, ser suprimida. Ainda que envolva patrimônio, trata-se de um direito de escolha, de modo que incumbe apenas ao homem, ser racional, escolher como viverá.³³²

Deste modo, aniquilá-lo em suas escolhas e capacidades existenciais, por razões obsoletas e ultrapassadas, equivale em anular a sua própria dignidade e razão de ser.

Conforme assevera Pietro Perlingieri, “na solidariedade e no sacrifício pessoal como atos de amor, quando carentes do significado da reciprocidade, podem se esconder os perigos da sujeição e da submissão integral até a anulação da vontade e da personalidade dos sujeitos”.³³³

E é justamente isso que ocorre quando o sujeito é inviabilizado de exercer um direito que lhe é próprio, com base em uma solidariedade³³⁴ que foi fundada em uma sociedade onde a configuração, as necessidades e as vontades do homem eram diversas, e onde o afeto e o caráter existencial das escolhas da pessoa eram absolutamente desconsiderados.³³⁵

Por conseguinte, é razoável que a mudança na sociedade deva implicar mudança na legislação, da mesma forma que a mudança na legislação deva implicar mudança na sociedade, posto que sociedade e norma são conceitos correlatos e interligados. O Direito não é imutável e deve adaptar-se ao meio em que se encontra inserido,³³⁶ pois, conforme Luiz Edson Fachin, “o direito não é imune aos fatos e nem se basta em si mesmo”.³³⁷

³³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 162-164.

³³² *Ibid.*

³³³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil-Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 249.

³³⁴ A teoria da reserva do mínimo legal defendida pelo doutrinador e Ministro Luiz Edson Fachin, em sua obra *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, não pode ser invocada como justificativa para a manutenção do princípio da solidariedade familiar ou do próprio direito à legítima. A teoria, fundamentalmente, prega pela necessidade do homem ser assegurado com o mínimo necessário a sua subsistência, sendo caracterizada, por exemplo, com a instituição do bem de família ou da vedação da doação integral do patrimônio do doador, sem que reservado uma quota parte de bens que provenham a sua subsistência. Na discussão acerca da manutenção da legítima, não há que falar-se em mínimo legal, uma vez que estamos diante de disposição futura, onde o homem não será prejudicado, posto que poderá gozar e até mesmo dilapidar todo o seu patrimônio em vida, caso assim entenda. Aqui, defende-se que o patrimônio mínimo deve ser assegurado ao titular do acervo em vida, não podendo ser estendido para a morte, visto que, como o Direito Sucessório é apenas uma expectativa, não há como resguardar algo que não sabe-se se permanecerá existindo. Acredita-se que a reserva do mínimo legal é um conceito e um direito personalíssimo, não podendo, portanto, ser invocado no Direito Sucessório como justificativa para a disposição patrimonial.

³³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto**. Salvador: Editora JusPodvim, 2020. p. 46.

³³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 2.

³³⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 255.

Neste sentido, o Direito, como produto cultural, deve moldar-se às transformações sociais, observando as subjetividades e modificando-se de acordo com as demandas procedidas por aqueles que são considerados os destinatários de seus atos. O Direito e o Estado não são um fim em si mesmo; o ser humano, sim, de maneira que, como é ele que legitima o Estado, deve ser analisado e considerado no momento da sua atuação.³³⁸

Deste modo, se a função social da sucessão foi sendo modificada com o passar do tempo, adaptando-se à nova realidade social, indagamos os motivos pelos quais certas alterações não repercutiram na esfera do Direito Sucessório.

Conforme já verificado, o Estado passou por tantas transformações que o próprio objetivo da entidade familiar acabou sendo modificado. A família deixou de primar pela valoração patrimonial e passou a significar o indivíduo e os anseios por ele expressados; sofreu, portanto, múltiplas metamorfoses na esteira das mudanças socioculturais, acompanhadas das modificações legislativas. A entidade familiar restou permeada pela afetividade, sendo que as escolhas das pessoas passaram a ser valoradas e legitimadas em face do caráter existencial que possuem.³³⁹

No caso, o núcleo familiar, em razão da ressignificação a que se submeteu, passou a ser norteado pela primazia da dignidade, da igualdade e da liberdade de seus membros, uma vez que os respectivos integrantes, com as consequências trazidas pelo Estado Democrático de Direito, passaram a ser considerados capazes e hábeis para escolherem os reflexos atinentes às relações interpessoais firmadas.³⁴⁰

Assim, os direitos fundamentais, em face dessa transmutação, passaram a ser percebidos como instrumentos de desenvolvimento do indivíduo, de suas potencialidades e de seus desejos, sendo expandidos e utilizados para efetivarem manifestações praticadas e emanadas ao longo da sua existência.³⁴¹

Os princípios constitucionais da dignidade, igualdade e liberdade passaram, portanto, a ser compreendidos e desdobrados no imprescindível direito à autodeterminação das pessoas, com proteção ante qualquer interferência estatal desarrazoada. A garantia da liberdade do sujeito passou a ser entendida como elemento fundamental para o seu desenvolvimento e para

³³⁸ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia – titularidades e direito reais nos fractuais do direito civil-constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 48.

³³⁹ LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 nov. 2019.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ FACCHIN, Luiz Edson. Trinta anos da Constituição Federal: Desafios constitucionais de hoje e propostas para os próximos trinta anos. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 18, p. 363-370, jan./mar. 2019. DTR\2019\27939, p. 366.

a sua constituição e como elemento intrínseco à sua própria existência.³⁴²

Assim como o Direito Sucessório deve acompanhar as transformações do direito de família, visto que ambos resultam detentores da mesma base e fundamento social, é imperativa a necessidade de o direito das sucessões legitimar os implementos já reconhecidos e incorporados nos demais ramos do Direito a ele aderentes.

O fundamento dessas duas searas, repita-se, baseou-se tradicionalmente na proteção do núcleo familiar mediante a perpetuação do patrimônio e da prevalência do pátrio poder, ou seja, tanto a constituição da entidade quanto os efeitos ocasionados pelo falecimento do gestor familiar tinham como propósito a supremacia de interesses econômicos financeiros e a salvaguarda da mulher, sujeito caracterizado tradicionalmente como vulnerável e incapaz.

Ocorre que, com o triunfo dos direitos fundamentais, elevados à ordem constitucional a partir do Estado Democrático de Direito, com inerente papel hermenêutico emancipatório, a mulher passou a alcançar indispensável estatuto de igualdade em relação ao homem na relação familiar, da mesma forma que a vinculação da família passou a primar pelo afeto e pelo caráter existencial das relações intersubjetivas.

Desta forma, resta defensável, sob o prisma constitucional, que as razões que levaram à instituição da legítima desmantelaram-se a partir do atual modelo de Estado de Direito, de modo que não há como permanecer sendo considerada adequada a restrição abstrata e obrigatória da liberdade plena do direito de testar. Isto significa que a autonomia privada, como um desdobramento da autonomia existencial da pessoa humana, deve prevalecer em face de restrições ultrapassadas e obsoletas.

A evolução do Estado, pois, deve repercutir na elaboração e transformação das leis e na transformação interpretativa dos institutos pela jurisdição constitucional, pois, conforme sustenta Louis Assier-Andrieu, “se o direito depende do Estado, é acima de tudo porque dele extrai os meios para sua aplicação”.³⁴³

Então, de acordo com Luís Roberto Barroso:

É de se consignar que um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar.³⁴⁴

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 309.

³⁴³ ANDRIEU, Loius Assier. **O direito nas sociedades humanas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 20.

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 47, jan./mar. 2013. p. 164.

Então, é imperioso que a evolução supracitada incida e alcance o Direito Sucessório contemporâneo, principalmente em relação ao direito à legítima, visto que, de acordo com Pontes de Miranda “o direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentre eles. Qualquer círculo, e não só os políticos, no sentido estrito, tem o direito que lhes corresponde”.³⁴⁵

E é justamente a viabilidade dessa modificação necessária que será objeto de investigação nas linhas que seguem.

³⁴⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial tomo VII: direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 170.

4 O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA CONSTITUCIONALIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

4.1 A RESSIGNIFICAÇÃO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO COM O ADVENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme visto até agora, o Estado passou por diversas e intensas modificações nos últimos séculos, cuja trajetória histórica veio a culminar com o que atualmente conhecemos como o modelo do Estado Democrático de Direito, que atua no reconhecimento e na concretização dos direitos do sujeito.³⁴⁶

O Estado Democrático veio, dentre outros motivos, com o propósito de corrigir as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários imediatamente anteriores e promover, por consequência, o reconhecimento do indivíduo, não apenas como sujeito de direito, mas como pessoa humana, cujas características o valoram e o tornam elemento essencial na evolução do próprio Estado.

Surgiu, fundamentalmente, como consequência da derrocada dos regimes instituídos ao longo da Segunda Guerra Mundial, da redemocratização dos países e da elaboração de Tratados e Convenções Internacionais que versavam sobre direitos humanos e que passaram a ser utilizados como fonte normativa dos Estados soberanos.³⁴⁷

No Brasil, o marco do advento do Estado Democrático de Direito foi o declínio do regime militar, que perdurou de 1964 à 1985, e a posterior elaboração da Constituição Federal de 1988, que ganhou contornos de instrumento de proteção efetiva aos direitos fundamentais do sujeito e ao processo democrático.³⁴⁸

Apenas com os acontecimentos históricos que sustentaram a transição para o Estado Democrático de Direito, anteriormente referidos, é que a Constituição passou a primar pelos direitos fundamentais, a funcionalizar os conceitos outorgados ao sujeito e ao Estado e ser alçada à máxima do ordenamento jurídico.

³⁴⁶ MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Ativismo judicial e papel social do Juiz: o Judiciário brasileiro entre o substancialismo e o procedimentalismo. In: DIAS, Handel Martins; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (org.). Belo CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO, 4., 2020. Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. p. 225-226.

³⁴⁷ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. p. 177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>. Acesso em: 23 dez. 2020.

³⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. p. 26-27. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

Isto porque, como as sociedades são voláteis e altamente complexas, é necessário que a norma a ser aplicada não se baseie apenas em critérios externos de finalidade política, social e econômica. É preciso que exista uma norma que, além de elencar direitos invioláveis do sujeito, estabeleça critérios substantivos para a modificação e criação de novas normas. E a Constituição, ressignificada pelas diretrizes do Estado Democrático, veio justamente com essa finalidade.³⁴⁹

A Constituição, portanto, passou a ser compreendida como a norma hierárquica que atribui autonomia ao direito, que permite o funcionamento do sistema jurídico e que viabiliza a adequação e transformação do ordenamento, sem que ocorra a violação da pessoa humana ou do ideal democrático.³⁵⁰

Segundo Marcelo Neves, “a Constituição como normatização de processos de produção normativa é imprescindível a positivação como autodeterminação operativa do Direito”.³⁵¹

Por este motivo, a Constituição tem como propósito unificar o sistema, ao mesmo tempo em que dispõe sobre a relação existente entre direito e poder e direito e política, definindo que há possibilidade de coexistirem sem que haja prevalência de um sobre o outro.

A Constituição, percebida pelos atributos do novo Estado, trouxe a harmonia necessária ao sistema, haja vista que equilibrou os papéis desempenhados por cada função do Estado e constituiu-se como elemento primordial à manutenção da ordem pública e privada e, justamente por este motivo, foi elevada à máxima axiológica do ordenamento.³⁵²

É fato que, apenas com a definição de um sistema linear e coeso, onde exista a delimitação da hierarquia entre as normas, bem como as atribuições de cada Poder, é que a liberdade e a democracia poderão ser exercidas com plenitude. A coerência e a unidade é que trazem legitimidade ao sistema e viabilizam o exercício e a defesa do direito de autonomia do indivíduo.³⁵³

Desta maneira, a Constituição restou por vincular o legislador, uma vez que as normas produzidas devem ser compatíveis com o programa normativo disposto na Carta Máxima, visto

³⁴⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 61-66.

³⁵⁰ *Ibid*, p. 61-66.

³⁵¹ *Ibid*, p. 67.

³⁵² NEVES, Marcelo. **Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fonte, 2006. p. 98-119.

³⁵³ *Ibid*.

que, apenas com a instituição de limites e preceitos invioláveis é que se finda a possibilidade de retornarmos para regimes totalitários, marcados pela subjugação do Direito à política.³⁵⁴

Para isso, os atos normativos editados devem ser fiscalizados por um poder que não aquele que o elaborou, mas que desempenhe uma função independente, e que possa corrigir, caso necessário, eventual incompatibilidade com a Carta Máxima. Tal verificação dar-se-á por intermédio especificamente do controle de constitucionalidade, a ser exercido pelo Poder Judiciário.³⁵⁵

O controle de constitucionalidade é uma das características mais marcantes do Estado Democrático de Direito, posto que, nos Estados anteriores, principalmente no Absolutista, o direito subordinava-se à atuação política e às decisões emanadas apenas por aquele que detinha o controle político e social. No Estado Democrático, por sua vez, essa relação tornou-se mais equânime, já que o direito, de certa forma, passou a controlar e vincular o poder, a fim de inviabilizar que excessos ou violações fossem cometidas.³⁵⁶

Conforme leciona Marcelo Neves, “o direito não se apresenta simplesmente como mecanismo de justificação do poder ou como instrumento de dominação, mas também serve à delimitação e ao controle do poder”.³⁵⁷

Neste caso, houve uma ruptura da ideia, rigorosa e inflexível, da separação dos três poderes, e passou a ser difundida a necessidade de complementariedade entre os mesmos. Ou seja, foi percebido que os Poderes, ainda que independentes, não atuam de forma totalmente desvinculada, mas que devem coexistir. Logo, impõe-se a harmonia entre as distintas funções emanadas do poder uno.³⁵⁸

O caso paradigmático, que marcou o início do debate a respeito do controle de constitucionalidade, remonta ao precedente *Marbury versus Madison*, que ocorreu nos Estados

³⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. p. 33. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2020.

³⁵⁵ KIMMICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. **Revista de Informação Legislativa**, v. 27, n. 105, jan./mar. 1990. p. 286. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175832>. Acesso em: 30 dez. 2020.

³⁵⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Temis e Leviatã**: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fonte, 2006. p. 89-91.

³⁵⁷ *Ibid*, p. 91.

³⁵⁸ MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Ativismo judicial e papel social do Juiz: o Judiciário brasileiro entre o substancialismo e o procedimentalismo. In: DIAS, Handel Martins; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (org.). Belo CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO, 4., 2020. Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. p. 225-226.

Unidos no início do século 19, quando a Suprema Corte entendeu por anular uma disposição legislativa.³⁵⁹

Na situação, que instituiu as bases do judicial *review*, John Marshall, à época Presidente da Suprema Corte Americana, quando do recebimento da ação proposta por Marbury, requerendo a entrega de títulos de nomeação com base em lei orgânica da Magistratura, entendeu por não aplicar a legislação, ao compreender que a mesma violava a Constituição. No caso, ainda que a Constituição da Filadélfia não dispusesse sobre qual órgão seria competente para revisar as questões atinentes ao conflito entre uma lei ordinária e a Constituição, a Suprema Corte depreendeu que o Congresso não poderia estar acima da Constituição, tampouco editar normas contrárias à mesma, fundando, assim, o controle de constitucionalidade.³⁶⁰

No Brasil, o controle de constitucionalidade passou a ser aplicado algum tempo depois com o advento da República, no final do século 19. Até então, a Carta Imperial de 1824, inclusive, dispunha, expressamente, que incumbia ao Poder Legislativo, além da elaboração e revisão das leis, a tutela da Constituição. Percebe-se, aqui, a rígida separação entre os Poderes, haja vista que existia uma soberania do Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário.³⁶¹

O controle atribuído ao Legislativo, contudo, não era exercido de forma contundente, uma vez que, à época, se fazia presente a ideia do Poder Moderador, o qual possibilitava que o Monarca fiscalizasse os demais Poderes. Esta fiscalização justificava-se na necessidade do Monarca em manter o equilíbrio entre os Três Poderes; no entanto, em razão de sua figura ser compreendida como inviolável, haja vista que não era responsabilizado pelos atos praticados, o controle acabava não se efetivando.³⁶²

Ademais, nesse período, o Judiciário não era estruturado da forma como é atualmente. Ainda não contávamos com a presença do Supremo Tribunal Federal; existia apenas o Supremo Tribunal de Justiça, o qual não era visto como um Poder propriamente dito, isto porque não

³⁵⁹ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. p. 177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>. Acesso em: 23 dez. 2020.

³⁶⁰ MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006. p. 38-40. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93276>. Acesso em: 1º jan. 2021.

³⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 121-122.

³⁶² LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020. p. 45-47.

exercia qualquer atividade de controle de constitucionalidade. O controle, conforme suprarreferido, era atribuição somente do Poder Legislativo.³⁶³

Somente em 1891, com o advento da Constituição Republicana, é que as funções do Poder Judiciário começaram a ser alteradas. Houve a criação do Supremo Tribunal Federal, e o Poder Judiciário passou a ter competência para conhecer e resolver incidentes de constitucionalidade, principiando a exercer, assim, o controle difuso de constitucionalidade.³⁶⁴

O controle difuso é aquele que pode ser realizado tanto pelos Juízes quanto pelos Tribunais, e que não importa na exclusão da norma em análise do ordenamento, mas tão somente na sua não aplicação à situação em apreço.³⁶⁵

De todo modo, ainda que as Constituições dos anos de 1934 e 1946 tenham instituído a possibilidade do Senado Federal de suspender a eficácia de uma decisão entendida como inconstitucional pelo Poder Judiciário, com o propósito de aprimorarem o controle de constitucionalidade, apenas em 1965, com a edição da Emenda Constitucional n. 16, os Tribunais de Justiça passaram a ter competência originária para analisarem e declararem a inconstitucionalidade de uma norma.³⁶⁶

Tal fato sucedeu-se em razão da decisão proferida, em sede de controle de constitucionalidade difuso, produzir efeitos interpartes, devendo, dessa forma, a parte interessada, cuja demanda assemelha-se à decidida, ingressar com uma ação própria. Ocorre que o resultado obtido, pode ser distinto daquele utilizado como referência; não há qualquer garantia de que a resolução suceder-se-á nos mesmos moldes pretendidos.³⁶⁷

Além do mais, embora a decisão anterior possa ser utilizada como precedente, inexistente qualquer caráter vinculante atribuído a mesma, podendo, em razão disso, o Juízo entender de maneira diversa.³⁶⁸

Acontece que tais possibilidades não trariam a coerência, a integridade e a unidade necessárias ao sistema jurídico, além de colocarem em pauta a própria credibilidade do ordenamento, ocasionando, assim, uma crise e uma insegurança jurídica. Desta forma, a análise de questões iminentemente constitucionais deveria ser de competência da Corte Suprema, por

³⁶³ VELOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: Uma proposta que visa tornar efetiva a sua missão de precípua de guarda da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, v. 30, n. 120, p. 5-30, out./dez. 1993; **Revista de Direito Administrativo**, n. 192, p. 1-28, abr./jun. 1993; **Boletim de Direito Administrativo**, v. 10, n. 4, p. 193-213, abr. 1994. p. 6. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176152>. Acesso em: 3 jan. 2021.

³⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** – legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 123.

³⁶⁵ *Ibid*, p. 123.

³⁶⁶ *Ibid*, p. 125-126.

³⁶⁷ *Ibid*, p. 40-41.

³⁶⁸ *Ibid*.

esta possuir a capacidade e autoridade de atribuir vinculação a decisões proferidas de modo a serem obedecidas, unificando o sistema jurídico.³⁶⁹

O controle de constitucionalidade concentrado, portanto, deveria ser realizado por uma instância única, capaz de mediar e resolver os conflitos constitucionais. O julgador não poderia atuar de modo a fortalecer o poder do Estado, tampouco ser norteadado pela obtenção de interesses. A atuação deve suceder-se de maneira isenta, a fim de moderar, com seriedade, integridade e coerência, os conflitos em apreço, sob o prisma objetivo do conflito entre atos normativos e Constituição.³⁷⁰

Ainda que o controle de constitucionalidade tenha evoluído significativamente, conforme Teori Albin Zavascki, “embora tenha variado nas Constituições o elenco das competências do STF (denominado de Suprema Corte pela Carta de 1934), em todas elas lhe foi reservada a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, detentor da palavra definitiva nas questões constitucionais”.³⁷¹ Apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 é que a jurisdição constitucional restou aperfeiçoada em nosso país. A Constituição, por ter sido elevada à máxima do ordenamento, transformou a atuação do Poder Judiciário, intensificando, efetivamente, o controle³⁷² de constitucionalidade.³⁷³

A Constituição, segundo Luís Roberto Barroso,

A Constituição brasileira de 1988 tem, antes e acima de tudo, um valor simbólico: foi ela o ponto culminante do processo de reestruturação do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência.³⁷⁴

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 dez. 2020.

³⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças ns jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 15.

³⁷² Conforme explica Leo Brust, com o advento da Constituição Federal de 1988, o controle de constitucionalidade confirmou o seu caráter dúplice, já que, ao julgar uma ação declaratória de inconstitucionalidade, a Corte estará retirando a norma do sistema e trazendo, por consequência, mais segurança e unidade ao mesmo, uma vez que findará com as controvérsias existentes acerca do dispositivo legal em apreço. O controle de constitucionalidade, portanto, consagrou-se como o instrumento que, concomitantemente, corrige a norma e confirma a unidade do sistema. Veja-se o que o autor diz, em sua obra *Controle de Constitucionalidade: A tipologia das decisões do STF*, p. 38-39, “A confirmação dessa tendência jurisprudencial se produz com a promulgação da Constituição de 1988, a posterior criação da ação declaratória de constitucionalidade através de emenda constitucional (EC 3, de 1993), a aprovação das Leis 9.868 e 9.882 em 1999 – que disciplinam as ações do controle concentrado – e, definitivamente, com a EC 45/04, que incluiu a chamada natureza dúplice dessas ações na própria Constituição”.

³⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito Administrativo**, n. 214, p. 1-25, out./dez. 1998. p. 5. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263/45375>. Acesso em: 4 jan. 2021.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 5.

Com a consagração dos direitos fundamentais e com os demais implementos efetuados sob a égide pós-1988, o Poder Judiciário, até então compreendido como frágil, revelou-se como o mais preparado para dirimir conflitos políticos e sociais que possam implicar em alterações na estrutura do próprio Estado, bem como equilibrar a democracia e sustentar as garantias inerentes à pessoa e à sociedade. Corroborou-se como o Poder apto a manter as bases do Estado, a democracia participativa e aquilo que torna o sujeito objeto de tão estimada proteção, os seus direitos.³⁷⁵

Logo, a Constituição, por entender o papel de garantia e correção desempenhado pelo Judiciário, na figura da Corte Suprema, incumbiu-o na concretização das regras, direitos e princípios dispostos na norma axiológica. Para tanto, qualquer excesso ou inconformidade cometida, em especial, pelo Poder Legislativo poderá e deverá ser sanada pelo Poder Judiciário, sendo declarado, à vista disso, inconstitucional.

Como a Constituição foi internalizada como norma axiológica, passou a irradiar e a produzir efeitos para todos os ramos do ordenamento infraconstitucional, fazendo com que todas as regras sejam adequadas e interpretadas em conformidade com o arcabouço axiológico-normativo que ali se encontra disposto.³⁷⁶

Todas as normas que afrontarem os preceitos constitucionais, portanto, deverão, por intermédio do Supremo Tribunal, serem extirpadas do sistema, tendo em vista que, embora elaboradas pelo Legislativo, apenas poderão ser consideradas legítimas se estiverem de acordo com os direitos fundamentais e as garantias balizadoras do Estado Democrático. A Corte Suprema, conseqüentemente, passou, por meio do Supremo Tribunal Federal³⁷⁷, a desempenhar o papel de guardião da Constituição Federal.³⁷⁸

³⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 dez. 2020.

³⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. p. 28-29. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

³⁷⁷ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

³⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** - Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 22-24.

A Corte, segundo Maria Fernanda Repolês, “configuraria, de fato, um terceiro poder, capaz de equilibrar o poder Legislativo e o Executivo e consolidar a República e a democracia”.³⁷⁹

Isto quer dizer que o Estado reconheceu que, para a manutenção da ordem e das premissas que o caracterizam como Democrático, é fundamental que exista um Poder autônomo e independente que possa coibir, verdadeiramente, práticas que tenham como propósito violar as suas bases normativas, dentre as quais, os direitos da pessoa humana. Houve o reconhecimento de que, não basta que o Estado reconheça o indivíduo como ser capaz e digno, mas que institua um Poder que efetive essas premissas, que impeça e penalize a transgressão dos direitos inerentes à pessoa e à sociedade.³⁸⁰

Neste sentido, as decisões emanadas por qualquer um dos Poderes devem estar respaldadas democraticamente e por isso conformes ao pacto normativo do Texto Fundamental.³⁸¹ Diante disto, cabe ressaltar o entendimento de Luís Roberto Barroso:

Em uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma legitimação eleitoral do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que instalaram no poder e pelo período em que tiveram apoio da maioria da população. Mas a legitimidade não se mede apenas no momento da investidura, mas também pelos meios empregados no exercício do poder e os fins a que ele visa.³⁸²

Assim, mostrou-se essencial outorgar a um Poder a competência de verificação da compatibilidade das normas jurídicas com a Constituição, bem como a promoção dos direitos fundamentais e o respeito pela soberania popular, para que o Estado pudesse ser entendido como, genuinamente, democrático.³⁸³

Destaca-se, que, embora com base na teoria da separação dos poderes, incumbe ao Poder Legislativo a prolação de decisões políticas, que tenham como finalidade controlar a

³⁷⁹ REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** Do poder moderado ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 88.

³⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. p. 28-29. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

³⁸¹ CLEVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-392015000300183&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 7 jan. 2021.

³⁸² BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. p. 33. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2020.

³⁸³ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. p. 28-29. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

atuação do Estado e determinar a organização da sociedade, com o Estado Democrático de Direito essa função passou a ser realizada, também, pelo Poder Judiciário. O Poder Judiciário, por meio da Corte Suprema, pautado pelo controle de constitucionalidade e pela primazia dos direitos fundamentais, passou a revisar e a reformar o texto legislativo.³⁸⁴

Como o Estado foi reformulado com a ideia de freios e contrapesos, fez-se crucial que um Poder, ainda que autônomo em relação ao outro, procedesse com a fiscalização dos atos praticados e normas elaboradas pelo outro. Pela flexibilização e ressignificação da teoria da separação dos poderes, deixou de ser observada a concentração exclusiva em apenas um poder e passou a ser realizada a distribuição de capacidade e controle recíproco entre os poderes. Assim, como o Legislativo elabora o texto, o Judiciário passou a revisá-lo, evidentemente com suporte na força axiológica da Constituição, ordem soberana do ordenamento a que todos devem respeito.³⁸⁵

As atribuições do Poder Judiciário, portanto, restaram sensivelmente transformadas. Constatou-se que não é suficiente que o Judiciário apenas proceda com a aplicação da lei na forma como se encontra posta no respectivo texto, até porque existem situações em que a legislação, em si, não é suficiente para evidenciar a correta (constitucional) aplicação do ordenamento jurídico com vistas a responder com justiça aos conflitos estabelecidos.

Como a Constituição consolidou-se como a proeminente fonte de interpretação jurídica, o Poder Judiciário, em especial a Corte Suprema, passou a ser o intérprete privilegiado da mesma pela via do controle de constitucionalidade, construindo, mediante um raciocínio argumentativo, uma solução que atenda ao caso em exame, incorporando e reconhecendo os direitos que lá já se encontram dispostos.³⁸⁶

4.2 AS RAZÕES PARA A CORTE SER COMPREENDIDA COMO A VERDADEIRA GUARDIÃ DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL

É importante ressaltar que é muito questionado se a atuação por parte do Poder Judiciário, especificamente pela Corte Suprema, não poderia ser caracterizada como um

³⁸⁴ MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Rev. Invest. Const.**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 135-164, abr. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-6392019000100135&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 1º jan. 2021.

³⁸⁵ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011 (E-book).

³⁸⁶ REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** Do poder moderado ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 100-101.

ativismo judicial, isto é, como uma intervenção desmedida e arbitrária contra as competências de atribuição do Poder Legislativo, visto que, como o Poder Legislativo configura-se como a esfera de representação popular, uma vez que constituído por meio do sufrágio universal, a modificação de texto legal não caberia ao Poder Judiciário.³⁸⁷

Neste caso, sustenta-se que estar-se-ia diante de uma nítida afronta à separação dos poderes, haja vista que a Corte, ao criar regras, estaria infringindo a separação constitucionalmente estabelecida.³⁸⁸

Tais argumentos, contudo, não afastam ao nosso ver a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade, deliberando e tutelando acerca das disposições contidas no texto constitucional.

Para justificar tal prerrogativa judiciária, tão cara ao desempenho continuado da justiça constitucional, a seguir são elencados os elementos que fomentam o papel da Corte como guardiã da Constituição e implementadora construtiva da democracia no Estado de Direito contemporâneo.

a) Constitucionalização do direito

A Constituição, em verdade, impactou, significativamente, três grandes alterações no ordenamento, quais sejam: a aplicação direta e imediata das disposições constitucionais, que passaram a ser utilizadas como pressupostos da construção da argumentação jurídica e instrumento de revisão da norma; a expansão da jurisdição constitucional, haja vista que o Supremo Tribunal Federal passou a ser a instância competente para o julgamento de ações diretamente constitucionais; e a elaboração de uma nova interpretação das normas jurídicas.³⁸⁹

No caso, como a Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, passou a ser considerada a máxima axiológica do ordenamento jurídico, todas as normas passaram a ser lidas sob a sua normatividade dinâmica de regras e princípios. Todas as normas passaram a ser compreendidas sob o prisma interpretativo da Constituição, visto que essa

³⁸⁷ MORAIS, Fausto Santos de. GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 135-164, abr. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392019000100135&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 7 jan. 2021.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf. Acesso em: 1º fev. 2021.

passou a ser entendida com força normativa e vinculante. Houve, portanto, a denominada constitucionalização do direito.³⁹⁰

Deste modo, a legislação, em sua integralidade, começou a ser submetida à filtragem constitucional, sendo implementada e interpretada com a finalidade de concretizar os valores dispostos na Carta Máxima, ainda mais considerando que, com a constitucionalização do direito, a legislação infraconstitucional que, antes, encontrava-se disciplinada de forma esparsa e, preponderantemente, na Codificação Civil, passou a possuir previsão, também, na Constituição. No entendimento de que a Carta se trata de um sistema que traz unidade ao ordenamento, torna-se necessário que os direitos, atinentes às relações jurídicas privadas, de igual maneira, sejam instituídos, interpretados e concretizados sob o paradigma constitucional. A Constituição, então, fundamentalmente, tornou-se o filtro do ordenamento.³⁹¹

À vista disso, como a máxima axiológica passou a dar sentido e validade às normas, tratando acerca das garantias individuais e da organização do Estado, é imprescindível que seja observada por todo o ordenamento, vinculando e direcionando para a atuação dos Três Poderes. Caso contrário, a finalidade constitucional não será atingida, ou seja, ao invés do sistema tornar-se uniforme e coerente, constituirá normas incompatíveis entre si.³⁹²

Assim, segundo elucida Lenio Streck, “se no Estado Democrático o Direito assume uma função transformadora, torna-se evidente que a concretização das promessas da modernidade constantes em uma Constituição Compromissária e Dirigente demanda uma nova postura do Poder Judiciário (e em especial da Justiça Constitucional)”.³⁹³

Isto quer dizer que, a Corte, ao exercer o controle de constitucionalidade, acabará interpretando a norma e a própria Constituição, posto que, como a Carta passou a irradiar os seus preceitos para todo o ordenamento, o operador, ao analisar a legislação em apreço e verificar se ela se encontra em conformidade aos preceitos constitucionais, inevitavelmente, fará uma reapreciação hermenêutica da própria máxima constitucional. A norma deverá buscar realizar os valores, direitos e princípios da Constituição.³⁹⁴

³⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 341.

³⁹¹ *Ibid*, p. 342.

³⁹² BARROSO, Luís Roberto **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf. Acesso em: 6 fev. 2021. p. 31-32.

³⁹³ STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. *E-book*.

³⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. p. 9-12. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf. Acesso em: 1º fev. 2021.

Segundo leciona Luís Roberto Barroso,

A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.³⁹⁵

Assim, como a Carta Máxima passou a reverberar por todo o sistema legal, tornando-se norte e compatibilizando a legislação conforme as suas diretrizes, o Judiciário, ao aplicar, revisar ou atualizar uma norma, acaba vinculando todo o ordenamento sob o império da Constituição e dos direitos fundamentais.

b) Controle de constitucionalidade como representação democrática

Questiona-se como o Judiciário, composto por membros não eleitos pelo sufrágio universal, poderia anular atos proferidos pelos representantes do povo, no caso, pelo Poder Legislativo. A organização do Estado Democrático, no entanto, sucedeu-se dessa forma. A própria Constituição, ao consagrar a Corte Suprema como guardiã do Texto Maior, lhe conferiu tal capacidade, não estando, portanto, o Judiciário extrapolando os limites que lhe foram concedidos, tampouco interferindo indevidamente em outra esfera.³⁹⁶

A Constituição de 1988, entendendo a importância da jurisdição constitucional e do papel desempenhado pela Corte Suprema na proteção das garantias individuais e democráticas, confirmou o controle de constitucionalidade como o instrumento que assegura ao Estado Democrático a prerrogativa de trazer o equilíbrio necessário para as decisões majoritárias, por intermédio da análise dos atos emanados pelo Poder Legislativo. A exigência de que o ordenamento, de fato, venha a cumprir com as disposições e preceitos constitucionais restaria fragilizada se não houvesse a previsão da possibilidade de revisão da prática legislativa por um agente com independência para aplicar a Carta Magna.³⁹⁷

Deste modo, o controle de constitucionalidade surgiu com o propósito de fortalecer as atribuições exercidas pelo Poder Legislativo, pois, ao proceder quando necessário na

³⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. p. 43. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf. Acesso em: 6 fev. 2021.

³⁹⁶ JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 165, p. 25-32, jan./mar. 2005. p. 26. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/187>. Acesso em: 18 dez. 2020.

³⁹⁷ MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2008, p. 145-148.

reapreciação do que o outro Poder deliberou, confirmará a atuação dos parlamentares e consolidará as garantias expostas na máxima constitucional.³⁹⁸

Agirá, portanto, de forma conjunta³⁹⁹ e com a finalidade de disponibilizar um direito mais claro e aperfeiçoado ao indivíduo e à própria sociedade. Atuará, não apenas como um legislador negativo, mas, também, como instrumento de confirmação da integridade e unidade do sistema constitucional.⁴⁰⁰

Ratifica o assunto Conrado Huber Mendes, ao estabelecer que

Constituição sem revisão judicial seria como o direito sem sanção, um mero conjunto de normas sem instrumentos de efetivação. Direitos fundamentais, para que tenham eficácia jurídica e sejam mais do que meros postulados morais, precisam do suporte judicial.⁴⁰¹

Além disso, a Constituição foi elaborada por representantes devidamente eleitos pela população, de modo que o indivíduo, ao outorgar a capacidade de representação ao Poder Legislativo, anui com as normas ali proferidas. Logo, ao eleger seus representantes, permite que eles atuem em seu nome, de maneira que o representante, ao confeccionar norma constitucional, determinando as atribuições e competências de cada Poder, faz com que o Poder Judiciário se torne, também, um representante da manifestação popular. Faz com que aqueles que o legitimaram concordem com as funções conferidas a cada Poder.⁴⁰²

Assim, se a Constituição, quando da democratização do Estado, foi alçada à Carta Máxima, é imprescindível que seja compreendida dessa forma, entendendo que a Corte, ao exercer o controle de constitucionalidade, apenas cumpre com a função que lhe foi atribuída pelo poder constituinte originário.

Ademais, a Carta foi estruturada de forma a viabilizar a democracia e a proteção dos direitos, mediante a elaboração de um conjunto de regras e princípios, além da definição de estruturas e sistemas a serem seguidos para efetivarem a premissa do indivíduo como autor e

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ Destaca-se que a própria Constituição Federal, em seu artigo 2º, anui com a atuação conjunta dos Poderes, com a finalidade de aprimorar e garantir a máxima efetividade dos direitos e garantias ali dispostos. Veja-se: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. *E-book*.

⁴⁰¹ MENDES, Conrado Huber. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. *E-book*.

⁴⁰² JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 165, p. 25-32, jan./mar. 2005. p. 26. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/187>. Acesso em: 18 dez. 2020.

destinatário da norma. Ou seja, criaram-se sistemas a serem cumpridos pelos poderes, uma vez que viabilizam e justificam a sua manutenção como norma hierárquica e privilegiada.⁴⁰³

E, ao ser compreendida dessa forma, acaba atendendo a máxima da soberania popular, visto que garante direitos ao sujeito, atuando, portanto, como verdadeira representação e garantidora democrática.⁴⁰⁴ Conforme entende Conrado Huber Mendes, “se “o povo” aprovou a constituição, e esta adota a revisão judicial, significa que esse arranjo recebeu a chancela democrática”.⁴⁰⁵

Ainda mais considerando que a democracia não se realiza apenas por intermédio da participação popular na elaboração de uma vontade geral, representada pelas leis, mas também na garantia e promoção de direitos que permitam essa participação.⁴⁰⁶

O Estado de Direito guarda relação com a democracia e com a valoração do indivíduo, de modo que não adianta sustentar a autonomia pública do homem sem que exista um instrumento que determine e controle os direitos que lhe são caros. Apenas com a preservação dos direitos fundamentais é que o sujeito poderá participar de forma democrática na sociedade e que o Estado poderá ser compreendido como democrático de fato. Apenas quando o homem for reconhecido e tiver garantida a sua dignidade e autonomia é que poderá exercer, faticamente, a sua participação popular. Caso contrário, estaremos diante apenas de um ideal democrático e não de um Estado Democrático em si, e isso é garantido pelos Tribunais, em especial pela jurisdição constitucional.⁴⁰⁷

Conforme explica Luís Roberto Barroso, a atribuição desempenhada pela Corte traz o equilíbrio necessário “entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário”.⁴⁰⁸

⁴⁰³ CLEVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392015000300183&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 7 jan. 2021.

⁴⁰⁴ JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 165, p. 25-32, jan./mar. 2005. p. 26. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/187>. Acesso em: 18 dez. 2020.

⁴⁰⁵ MENDES, Conrado Huber. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. (E-book).

⁴⁰⁶ JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 165, p. 25-32, jan./mar. 2005. p. 26-29. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/187>. Acesso em: 18 dez. 2020.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. p. 59. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf. Acesso em: 6 fev. 2021.

Logo, o Tribunal acaba assumindo uma posição e uma relevância cada vez maior, visto que, embora seja entendido como fonte contramajoritária de poder⁴⁰⁹, protege e efetiva os direitos fundamentais da pessoa humana, bem como os fundamentos da ordem democrática cada vez mais com frequência e intensidade.⁴¹⁰

Outrossim, se entendermos que as decisões apenas serão consideradas legítimas quando decorrerem da chancela popular, estar-se-á instituindo, de certa forma, uma ditadura do voto, uma vez que a democracia apenas seria exercida por meio do poder de escolha do cidadão na hora de votar. A democracia, no entanto, não se restringe apenas ao sufrágio universal; se constitui na garantia de direitos ao indivíduo, que lhe possibilite agir de forma livre, fazer escolhas de vida e definir projetos existenciais de modo autônomo.⁴¹¹

A democracia constitui-se no reconhecimento do indivíduo como ser capaz e autônomo, no âmbito das relações particulares e da participação e soberania popular. Deste modo, ao reconhecer os seus direitos apenas por meio do processo legislativo, acaba gerando o efeito contrário do esperado, posto que, pela legitimidade ocorrer apenas por uma via, as garantias do indivíduo seriam restringidas e não tuteladas de forma ampla.⁴¹²

É fundamental que a democracia seja compreendida de uma forma mais ampla. Entendê-la apenas como a possibilidade de representação popular acaba simplificando e até tirando o verdadeiro significado introduzido pelo novo Estado de Direito.⁴¹³

A democracia traz inerente um sentido de justiça social e de autonomia. Entender a democracia não é apenas entender o indivíduo como um cidadão efetivo, mas entendê-lo como um sujeito livre. O reconhecimento da sua liberdade é o que lhe capacita desenvolver a sua

⁴⁰⁹ Segundo leciona Luís Roberto Barroso, em seu artigo Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies, a Corte atuaria de forma contramajoritária, pois invalidaria um ato produzido por aqueles que foram legitimamente eleitos pela população. No entanto, considerando a crise de representatividade instaurada perante o Poder Legislativo, a Corte protegeria, de forma mais efetiva e apropriada, os direitos fundamentais e o acesso a participação política. Ademais, conforme expõe em seu artigo A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria, essa atuação contramajoritária evita que os direitos da minoria sejam oprimidos ou desrespeitados, fazendo com que sejam resguardados com igual proteção dos demais.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015, p. 38-39. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

⁴¹¹ MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais Sua importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 167, p. 339-350, jul./set. 2005. p. 341-342. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/883>. Acesso em: 8 jan. 2020.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ LORENZETTO, Bruno Meneses; CLEVÉ, Clemerson Merlin. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 35-37.

personalidade, desenvolver o senso crítico e, conseqüentemente, participar de forma atuante na construção social do cotidiano.⁴¹⁴

Logo, percebe-se, mais uma vez, que a jurisdição constitucional exercida pela Corte apenas atende a um lugar de atuação que lhe é próprio, haja vista que, em razão dos marcos do constitucionalismo contemporâneo, apresenta-se como instrumento de confirmação das garantias inerentes ao indivíduo e ao próprio Estado de Direito.

c) Construção argumentativa e interpretação realizada pelo julgador como meio de interpretação e atualização constitucional

O julgador fará uso de elementos normativos que justifiquem a sua decisão, motivará em razões que possam ser utilizadas de forma universal, ou seja, que não se adequem apenas ao caso em análise, mas que possam, na medida do possível, serem utilizadas em casos semelhantes que venham a ocorrer, e a construção realizada, então, poderá ser empregada como uma regra geral.⁴¹⁵

Ademais, a atuação do julgador é pautada de acordo com a finalidade de efetivar os princípios do controle de constitucionalidade, como a supremacia da Constituição Federal, a presunção de constitucionalidade e a unidade do sistema.⁴¹⁶

Dessa forma, as decisões acabam sendo fundamentadas de modo coerente, racional e íntegro, além de terem sido provenientes de um debate fortificado e pormenorizado, uma vez que, além de analisar o contexto pregresso, atual e futuro, mediante os mecanismos que se encontram a sua disposição, como os precedentes, a Corte observa as particularidades trazidas por todos os interessados.⁴¹⁷

Assim, fazendo uso de tais instrumentos, e após um debate exaustivo, que pode contar, inclusive, com a figura do *amicus curiae*, que clarifica e fortalece a argumentação, a jurisdição profere uma decisão que observa, com mais afinco, os princípios constitucionais. As decisões são pautadas, fundamentalmente, em princípios, objetivando efetivar os direitos fundamentais e o processo democrático.⁴¹⁸

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 293-296.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ MENDES, Conrado Huber. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. (E-book).

⁴¹⁸ *Ibid.*;

A atuação da Corte, portanto, caracteriza-se pelo exercício de um controle justo, equânime e democrático, haja vista que, ao construir uma argumentação, instituída em instrumentos e parâmetros dotados de unidade, desempenha, com propriedade, o compromisso assumido constitucionalmente de fazer valer a Constituição.⁴¹⁹

Conforme assevera Luís Roberto Barroso, “pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui uma legitimação discursiva, que é um projeto de institucionalização da razão e da correção”.⁴²⁰

Além disso, como a Constituição caracteriza-se por ser um diploma de normatividade aberta, ela permite e exige a interpretação por parte do julgador. Os princípios, quando aplicados pelo julgador, trazem unidade ao sistema, haja vista que norteiam toda a legislação infraconstitucional.⁴²¹

Essa interpretação, suprarreferida, deve ser realizada em conformidade com a Constituição Federal, de modo que, embora trata-se de um sistema aberto, estipula os limites da interpretação. O intérprete, portanto, soluciona o litígio com base em critérios pré-estabelecidos.⁴²²

Assim, quando a Constituição é abordada como um sistema aberto de regras e princípios, entende-se que a mesma não pode dissociar-se da realidade em que se encontra inserida, uma vez que a realidade fática e a realidade jurídica guardam estreita relação entre si.⁴²³

Logo, a Constituição constitui-se como um sistema dinâmico que, por meio da instituição de normas variadas, encontra-se possibilitada de seguir as inevitáveis mudanças sociais que acompanham a sociedade. Se a Constituição preza pelos direitos do ser humano, é indispensável que a Corte, como guardiã das suas disposições, esteja atenta às transformações sociais, para que a máxima disposta não se torne obsoleto e possa continuar resguardando os indivíduos, nas suas mais variadas definições.⁴²⁴

⁴¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015, p. 30-31. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020;

⁴²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017. p. 33. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2020.

⁴²¹ LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020. p. 133-137.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 149-153.

⁴²⁴ *Ibid.*

Os princípios é que trazem unidade à Constituição e, concomitantemente, possibilitam adequá-la à realidade na qual se encontra inserida, haja vista que se trata do critério de interpretação que deve ser aplicado para todo o sistema constitucional e infraconstitucional.⁴²⁵

A interpretação, portanto, é o que dá sentido à norma; no entanto, como é pautada pelos princípios, a vontade do julgador, ainda que se faça presente, em virtude de possuir conceitos pré-estabelecidos de vida e sociedade, será balizada pelas premissas constitucionais, isto é, a vontade do julgador não irá sobrepor-se à interpretação constitucional.⁴²⁶

O julgador, desta forma, ao interpretar um sistema aberto, apenas irá aperfeiçoar o texto elaborado pelo legislador; sem a imposição de valores, apenas fará uso da margem corretiva que lhe é própria. O julgador, na figura da Corte, adaptará a norma, preenchendo-a de acordo com os princípios da própria Constituição.⁴²⁷

Foi a própria Constituição que outorgou a capacidade de construção argumentativa e de interpretação ao Poder Judiciário. Então, como estamos diante de princípios abstratos, a aplicação no caso concreto exigirá que a norma seja interpretada.⁴²⁸

Quem dá sentido ao texto é o intérprete, que deve considerar a vivência e observá-lo em conformidade com a moldura dos direitos e princípios contidos na Constituição Federal.⁴²⁹

Logo, depreende-se que a própria máxima axiológica possibilitou que o julgador, ao dar o melhor sentido à norma, dentro da moldura constitucional, promova sua alteração, modificação e atualização.⁴³⁰

Isto significa que, com o advento do Estado Democrático de Direito, marcado por uma sociedade altamente complexa e plural, a mera aplicação da lei não se apresenta mais suficiente para acompanhar as transformações sociais, cabendo ao Poder Judiciário efetivar essa congruência, alargando a Constituição, conforme a moldura pré-estabelecida para adaptá-la à realidade.⁴³¹

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ *Ibid.* p. 154-155.

⁴²⁷ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito**: o embate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 88-100.

⁴²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 157.

⁴²⁹ REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** Do poder moderado ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 98-99.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 157.

E a interpretação veio justamente para atender as demandas provenientes dessa sociedade cada vez mais múltipla e heterogênea. Como a sociedade e os objetivos perseguidos pelos indivíduos foram se modificando com uma intensidade e rapidez cada vez maior, o Poder Legislativo não logrou êxito em acompanhar, na integralidade, todas essas alterações, de forma que se fez necessário que o Poder Judiciário, por meio da interpretação, solucionasse o debate levado à sua apreciação. E essa interpretação, inevitavelmente, acaba transformando e atualizando as normas e a própria Constituição.

O Judiciário, portanto, passou a se deparar com casos que não se encontravam disciplinados pela legislação vigente, que buscavam direitos alicerçados em argumentos e princípios opostos, de maneira que apenas mediante a interpretação da norma é que a solução poderia ser encontrada e corresponderia aos ditames e preceitos constitucionais.⁴³²

Dessa forma, a interpretação dita formalista foi substituída pela interpretação substantiva, que busca valorar os princípios constitucionais e o próprio ideal democrático. Uma vez que o Estado Democrático de Direito é caracterizado pela primazia dos direitos fundamentais, é imperioso que o julgador, ao apreciar e aplicar a lei, busque efetivar tais preceitos.⁴³³

A interpretação, em seu paradigma tradicional, entendia a norma como um sistema fechado, em um contexto no qual o legislador havia outorgado um sentido único e objetivo à lei, de forma que a norma não haveria de ser interpretada senão da maneira como se encontrava delimitada literalmente na sua feição positiva. Em face disso, ao julgador caberia apenas aplicá-la sob o formato silogístico da subsunção, posto que se tratava da única e adequada solução do litígio demandado.⁴³⁴

Com o advento do Estado Democrático de Direito e com o aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade, a atribuição do julgador deixou de consistir somente na aplicação estrita da regra ao caso concreto, pois lhe foi outorgada a capacidade de aplicar a norma com a mira da efetividade axiológica das normas constitucionais. E essa nova interpretação é que faz com que as disposições infraconstitucionais e as próprias disposições constitucionais mantenham-se dinamicamente atualizadas, uma vez que a hermenêutica assim

⁴³² BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. p. 12-13. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf Acesso em: 1º fev. 2021.

⁴³³ BARROSO, Luís Roberto **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. p. 54-55. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf. Acesso em: 6 fev. 2021.

⁴³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347-348.

renovada veio como um instrumento de otimização e aperfeiçoamento dos atos normativos ordinários à luz da magnitude do texto constitucional, mantendo-os compatíveis com os ditames da máxima axiológica oriunda do Texto Maior, e com os anseios emanados pelos sujeitos de direito conciliados com a proteção dos direitos fundamentais.

A interpretação constitucional, aliada aos expedientes interpretativos de compatibilização hermenêutica entre as leis e a Constituição, portanto, traz um novo aspecto ao sistema jurídico nacional, uma vez que extirpa e reformula aquilo que não se mostra mais compatível com o texto fundamental, fazendo com que a tutela jurisdicional atenda aos direitos do sujeito, além de fazer cumprir com a elevação da pessoa humana ao centro e norte do ordenamento jurídico.

A interpretação, fundamentalmente, foi alçada como instrumento de efetivação do controle de constitucionalidade, visto que, ao analisar a norma jurídica, verificará a sua eventual conformidade com a Carta Máxima, podendo, à vista disso, declará-la constitucional ou inconstitucional, ou mesmo outorgar um sentido que seja afim ao Texto Maior, compatibilizando-a com os parâmetros normativos estabelecidos na Constituição.⁴³⁵

No caso, quando a lei sob análise admitir mais de uma interpretação possível, por tratar-se de uma norma com conteúdo mais aberto, o julgador efetuará uma interpretação conforme a Constituição. A consequência disso, em termos práticos, indica que um dos significados é rechaçado e apenas aquele que efetiva os preceitos constitucionais mantém-se prestigiado. Aqui, diferentemente da interpretação que leva à declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei, a norma receberá uma nova interpretação, um sentido a ser adjudicado pela jurisdição.⁴³⁶

A interpretação conforme parte do pressuposto de que a norma é constitucional; no entanto, como ela possui mais de um significado, e um deles é contrário aos ditames da máxima axiológica, é fundamental que apenas um sentido seja atribuído ao texto legal.⁴³⁷

Assim, em razão do novo sentido ser extraído da própria norma, permanecendo essa em vigor, sem exclusão do ordenamento, o julgador permaneceria como um legislador negativo,

⁴³⁵ BARROSO, Luís Roberto **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. p. 44. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf. Acesso em: 6 fev. 2021.

⁴³⁶ *Ibid*, p. 44-45.

⁴³⁷ BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, jul./dez. 2009. p. 511-512. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24325/23096>. Acesso em: 8 fev. 2021.

visto que, segundo Gilmar Mendes, “os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional”.⁴³⁸

A interpretação conforme, portanto, tem como finalidade compatibilizar a norma com a Constituição, a fim de que represente e efetive os direitos ali elencados, sem que isso ocasione a revogação textual do dispositivo da lei. O dispositivo permanece positivado da forma como se encontra, apenas sedimentando-se um determinado significado.⁴³⁹

Tem-se que a interpretação conforme parte da premissa de que a norma é constitucional e de que o legislador se baseou na supremacia da Constituição para assim elaborá-la; daí o reconhecimento da legitimidade dessa prática pelo Poder Judiciário. Logo, a interpretação conforme emanaria como um instrumento para compatibilizar a norma com a intenção do legislador, o que explica a existência de limites para a adoção de tal expediente, evitando-se interpretações que impliquem na modificação substantiva do texto legal e afrontem a literalidade dos dispositivos legais envolvidos.⁴⁴⁰

Essa postura, entretanto, é alvo de algumas objeções, posto que, segundo Leo Brust, o julgador estaria salvando uma norma que não poderia mais permanecer em vigor pelo simples fato de guardar um mínimo de constitucionalidade. Estar-se-ia adentrando em uma esfera do legislador, pois, ao manter a norma apenas com a redução do texto, ter-se-ia o poder de entender que uma alternativa nova, diferente da elaborada originalmente, seria criada.⁴⁴¹

Dessa forma, a interpretação conforme deveria apenas extrair o sentido da norma e não alterá-la sem a redução do texto, porque aqui não se estaria oprimindo aquilo que está incompatível com a Constituição, mas sim adicionando-se inédito texto à lei, modificando-a profundamente, o que Leo Brust denomina de sentença manipulativa.⁴⁴²

Isso quer dizer que, quando o intérprete busca ampliar ou reduzir o sentido da norma, em descompasso frontal ao texto normativo, não estará apenas interpretando e dando um sentido constitucional ao texto, senão elaborando uma diferente legislação, atuando, assim, como legislador efetivo.⁴⁴³

⁴³⁸ MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional** – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 390.

⁴³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

⁴⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 392-394.

⁴⁴¹ BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, jul./dez. 2009. p. 512-513. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24325/23096>. Acesso em: 8 fev. 2021.

⁴⁴² *Ibid*, p. 514.

⁴⁴³ BRUST, Leo. **Controle de Constitucionalidade**: A tipologia das decisões do STF. Curitiba: Juruá, 2014. p. 162.

Ademais, essa modalidade de interpretação buscaria salvar uma lei, tentando encontrar um novo significado à vontade expressamente manifestada pelo legislador; entretanto, esse novo significado apenas seria válido se fosse retirado da expressão literal do texto, o que não ocorre quando uma parte da norma é suprimida ou acrescentada, conforme anteriormente exposto.⁴⁴⁴

Segundo leciona Virgílio Afonso da Silva, a interpretação conforme fundamenta-se, segundo anteriormente exposto, nos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, bem como na presunção da constitucionalidade da norma. A interpretação com a consequente declaração de inconstitucionalidade da lei traria, contudo, a unidade necessária ao sistema, visto que se retira do ordenamento uma norma que não guarda relação com os valores constitucionais, em vez de tentar salvá-la fazendo uso de justificativas rasas e superficiais.⁴⁴⁵

Conforme diz o autor,

A falha da interpretação conforme a constituição reside justamente no fato de não conseguir nem ao menos desempenhar essa função, porquanto aponta para uma direção completamente equivocada, que se baseia no dever de tentar *salvar* toda e qualquer lei que, ainda que minimamente, possua alguma fagulha de constitucionalidade.⁴⁴⁶

Assim, quando ocorre a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mediante, por exemplo, do controle de constitucionalidade concentrado, também é realizada a interpretação constitucional do próprio texto constitucional em debate. Além do que, se partirmos do pressuposto de que a lei é constitucional, apenas para mantê-la no ordenamento, não estará sendo realizada uma construção argumentativa rigorosa, uma vez que se buscará elementos, por mais simplificados e irrisórios que sejam, apenas para respaldar a presumida constitucionalidade da lei.

Nesse caso, o julgador poderia argumentar, inclusive, que o fato da norma ter sido elaborada pelo Poder Legislativo já seria suficiente para confirmar a sua constitucionalidade, haja vista que, além de ser o Poder originário competente, os ditames constitucionais relativos à separação dos poderes teriam sido efetivamente observados. Essa presunção de constitucionalidade, contudo, pode acarretar, diferentemente do pretendido, o cerceamento e a violação de direitos fundamentais do indivíduo e do próprio Estado de Direito, visto que será

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 163.

⁴⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35221/34021>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 204.

mantida no ordenamento uma norma, qualificada de constitucional, que na verdade afronta e contraria em termos concretos e casuísticos aquilo que deveria resguardar.⁴⁴⁷

E para o conjunto de normas, objeto de estudo da presente investigação, não há como o controle de constitucionalidade incidir senão sob a forma do reconhecimento do estatuto de inconstitucionalidade, isto porque, ao analisarmos o artigo 1.789 do Código Civil⁴⁴⁸, que trata da reserva legal destinada aos herdeiros necessários, não há como dar outro sentido à norma senão aquele significado que está expressamente manifestado. A norma é clara ao impedir o titular do acervo patrimonial de dispor da integralidade de seus bens, haja vista que metade do que possui encontra-se, obrigatoriamente, reservado aos seus herdeiros necessários.

Dessa forma, por estarmos diante de uma inconstitucionalidade manifesta, não há como ser suprimida uma parte do texto legal, tampouco atribuir uma nova interpretação ao texto disciplinado no dispositivo legal. O legislador foi absolutamente claro ao restringir a autonomia do indivíduo, não havendo qualquer intenção por parte do legislador que não a de impossibilitar a liberdade de testar do sujeito, com a justificativa da necessária manutenção da solidariedade familiar.

Assim, perante esta afronta constitucional, aqui representada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, é imprescindível que a Corte, como guardiã e atualizadora das disposições constitucionais, atue de forma a interpretar adequadamente o texto constitucional e infraconstitucional em conflito, e permita que as demandas sociais passem a ser resolvidas de acordo com aquela renovada hermenêutica, aqui defendida, que se subordina aos princípios da Constituição, como hoje merecem ser examinados. É imperioso que a Corte, mediante o controle abstrato de constitucionalidade, concentrado ou difuso, atue para declarar a norma inconstitucional, oferecendo novos contornos *erga omnes* ao Direito Sucessório.

Será justamente a forma pela qual poderá ocorrer a declaração de inconstitucionalidade por parte da Corte o objeto da apreciação a seguir.

⁴⁴⁷ *Ibid.* p. 196-197.

⁴⁴⁸ “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

4.3 A CORTE E SUA RELAÇÃO COM A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO: NECESSÁRIA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.789 DO CÓDIGO CIVIL

Diante do anteriormente exposto, depreende-se que a jurisdição constitucional exercida pela Corte se mostra fundamental ao Estado Democrático de Direito, uma vez que serve como instrumento de debate das decisões políticas, complementando e legitimando os direitos. Trata-se do espaço de construção e valoração argumentativa que traz um complemento importante ao processo político.⁴⁴⁹

A Corte, em razão disso, não atua apenas como guardião da Constituição, mas também como guardião da própria democracia, pois, como esta se caracteriza pela garantia dos direitos fundamentais do sujeito, visto que este participa do processo de desenvolvimento do Estado, a Corte, ao resguardar e promover os direitos do indivíduo, garante o processo e o ideal democrático.⁴⁵⁰

Ademais, como o mundo contemporâneo tornou as relações mais fluídas, mais variáveis e mais intensas, a sociedade ficou cada vez mais complexa e plural, fazendo com que as necessidades dos sujeitos se transformem de modo mais rápido e incompatível com o tempo das alterações legislativas. À vista disso, fica evidente que os indivíduos não podem permanecer sem qualquer proteção jurisdicional.⁴⁵¹

Assim sendo, se o papel do Estado se transmutou para a tutela e efetivação do sujeito, é fundamental que um dos poderes providencie essa proteção da maneira mais abrangente possível. Que atue de modo a possibilitar que os avanços sociais passem a ser observados pelo Estado e que conduzam a atuação suficiente devida, permitindo que exista uma congruência entre os anseios dos indivíduos e a proteção outorgada pelo ente estatal.⁴⁵²

E esta proteção vem sendo dada pelo Poder Judiciário, que, por tutelar a ordem jurídica que dispõe sobre os preceitos mais caros do indivíduo e do próprio Estado, adequa, modifica e,

⁴⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 21, jun. 2012. ISSN 2236-3475. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. p. 13-14. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁴⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. p. 30-31. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017, p. 37-38. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2020.

até mesmo, extirpa do sistema a norma que coloca em risco as garantias essenciais ao pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário, na figura da Corte constitucional, vem permitindo, mediante os instrumentos que lhe são próprios, que o direito progrida de modo razoável e justo em conformidade às necessidades dos sujeitos.⁴⁵³

Como o direito não está imune aos fatos sociais, haja vista que pode ser entendido como um produto cultural, deve aplicar, interpretar e reformular a norma de modo que torne-a, cada vez mais, um instrumento de garantia dos pilares do Estado Democrático e de vedação ao retrocesso e à violação dos direitos fundamentais.⁴⁵⁴

E essa adaptação vem sendo promovida pelo Supremo Tribunal Federal, fundamentalmente, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade,⁴⁵⁵ onde o julgador, ao proceder a interpretação de um dispositivo infraconstitucional, verifica se o mesmo encontra-se em conformidade com as máximas contidas na Constituição Federal. Observa o Tribunal se a legislação converge com os princípios e direitos fundamentais, bem como se está reportada ao meio para a sua verdadeira realização, sob pena da norma ser entendida como inconstitucional.

Como a Constituição é um sistema unificado, que regulamenta as atribuições do Estado e os direitos fundamentais do indivíduo, cabe ao Poder Judiciário resguardar e garantir que as normas ali dispostas sejam efetivadas e guardem congruência entre si. É necessário que os princípios elencados sejam compatíveis e relacionem-se harmoniosamente, caso contrário, o sistema não poderá ser considerado uno, coerente e íntegro.⁴⁵⁶

A correta relação entre os princípios é o que garante a realização do controle de constitucionalidade disposto na Constituição, posto que a máxima axiológica, ao ser elevada à norma estrutural do Estado Democrático, deve, no mínimo, ser una. Isto pelo fato de que, apenas com a compatibilidade de todas as normas dispostas no texto constitucional é que o ordenamento poderá ser compreendido como claro e racional, a ponto de ser aplicado tanto para o desenvolvimento do processo democrático quanto para a preservação dos direitos do sujeito.⁴⁵⁷

⁴⁵³ REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** Do poder moderado ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 26-30.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 26-28.

⁴⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

⁴⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 39-43.

⁴⁵⁷ *Ibid.*

Logo, quando os princípios deixam de guardar relação entre si, é imperioso que a Corte, como guardiã do texto constitucional, verifique qual dos preceitos mostra-se mais adequado para solucionar e harmonizar a norma posta em debate, e aponte qual dos princípios garante o direito intentado e qual necessita ser afastado.⁴⁵⁸

Destaca-se que os princípios, em razão do caráter normativo que possuem, acabam contendo um alto grau de abstração, de forma que, em certas situações, não podem ser aplicados, de pronto, pelo julgador. É necessário que sejam interpretados conforme a situação que lhes é apresentada.⁴⁵⁹

Fundamentalmente, como são mandamentos de otimização, devem ser aplicados com o fito de clarear, equilibrar e dar sentido à norma, de maneira que, havendo colisão entre dois mandamentos, o julgador deve observar qual adequa-se melhor ao caso, qual traz a solução necessária, adequada e proporcional.⁴⁶⁰

Isto, no entanto, não significa que o princípio que se mostrou inadequado será inutilizado ou extirpado do sistema. No caso, apenas não será aplicado, levado à apreciação da Corte, uma vez que o outro preceito, em razão de conter um grau de valoração mais elevado, apresenta-se como mais adequado para a garantia do direito intentado.⁴⁶¹

O princípio que restou por ser inutilizado casuisticamente, portanto, permanece sendo válido. O que ocorre é que, realizada a análise da dimensão da atuação dos princípios colidentes, verificar-se-á qual deles mostra-se um instrumento de satisfação e realização das garantias almejadas, bem como qual possui a maior capacidade de construção argumentativa, imprescindível para que a deliberação seja racional e congruente.⁴⁶²

Assim, percebe-se que, por intermédio dos princípios e da sua correta interpretação, é que a Corte exerce o controle de constitucionalidade e mantém, por consequência, a máxima axiológica constantemente una e atualizada.

Os princípios, no entanto, ainda que compreendidos como o alicerce do sistema constitucional, não podem ser considerados, quando da sua aplicação, como se absolutos fossem. Eles podem e devem ser relativizados, de acordo com o caso trazido à apreciação da Corte, uma vez que a instituição dos princípios como absolutos implicaria no recolhimento do sistema, inviabilizando-o de qualquer modificação.⁴⁶³

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 86-91.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² *Ibid.*, p. 93-107.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 111-114.

Ademais, o ordenamento passaria a ser conflitante entre si, posto que no caso de colisão, não haveria como os princípios coexistirem; nenhum deles poderia ceder espaço para que o outro pudesse ser aplicado.⁴⁶⁴

O sistema não seria congruente, uma vez que, ao entender-se um princípio como absoluto, não haveria como limitá-lo. E isso, automaticamente, importaria na perda de um direito por parte de uma pessoa, haja vista que, ao permitir que um sujeito faça uso do princípio de forma absoluta, estar-se-á impossibilitando o exercício do direito por parte de outro indivíduo. O direito de um acarretaria a não realização do direito do outro.⁴⁶⁵

Deste modo, é essencial que os princípios sejam relativizados, a fim de que possam adequar-se à situação e proporcionar, por consequência, a melhor garantia para o caso em análise. Os princípios têm que ser sopesados, visto que, por meio do sopesamento a norma jurídica é atualizada e o seu texto passa a ser modificado, refletindo os anseios da sociedade.⁴⁶⁶

É importante mencionar que os princípios são concebidos de forma que não sofram restrições. A restrição apenas é imposta quando um elemento externo assim o exige, ou seja, quando é imperioso analisar o confronto entre os direitos, sejam eles individuais ou coletivos, e atestar qual deles possui maior relevância no caso em exame.⁴⁶⁷

Não haveria razão em instituir um preceito que já vem reduzido em termos de restrições prévias, uma vez que os princípios têm como finalidade possibilitar o pleno desenvolvimento das garantias do sujeito e do processo democrático.⁴⁶⁸

Logo, constata-se que, apenas no momento da interpretação e do sopesamento, é que os princípios podem ser suscetíveis à relativização, mesmo porque essa restrição será efetuada por intermédio de outra norma constitucional, pois somente uma norma de igual valoração e hierarquia é que pode limitar os efeitos, a abrangência e, até mesmo, a aplicação de uma outra norma.⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 30.

⁴⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 111-114.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 276-286.

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ *Ibid.*

E, justamente, para que essa verificação ocorra, é que a proporcionalidade será empregada. Apenas com o sopesamento é que poderá se observar se a restrição de um princípio mostra-se adequada e atende a finalidade perseguida.⁴⁷⁰

A proporcionalidade sucede por intermédio da análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da norma.⁴⁷¹ A adequação consiste em analisar se a medida implementada mostra-se adequada ao objetivo intentado e se conseguirá atingir a finalidade pretendida.⁴⁷²

A necessidade, por sua vez, apresenta-se como a utilização do meio menos gravoso existente, que causará o mínimo de danos possível. Por fim, a proporcionalidade, em sentido estrito, consiste no sopesamento entre os princípios em si mesmos, a fim de que seja observado qual deles trará um grau maior de satisfação em relação ao outro. Apontará qual dos princípios consegue sanar com mais propriedade a divergência trazida à tona e construir, por consequência, uma decisão alicerçada em argumentos racionais, que denotem razões suficientes para que a deliberação seja compreendida como correta pela sociedade/direito.⁴⁷³

Desta forma, constata-se que a proporcionalidade se revela como o instrumento essencial ao exercício do controle de constitucionalidade, visto que aponta qual princípio merece ser preterido concretamente e qual tem peso e valor suficientes para justificar o afastamento ou a restrição do princípio colidente.⁴⁷⁴

A proporcionalidade, ao construir uma base argumentativa alicerçada em uma estrutura constitucional pré-estabelecida e produzir, por meio da interpretação, uma deliberação fundamentada e racional, permite que o sistema constitucional se mantenha íntegro e coerente, apresentando-se como um instrumento de absoluta proteção dos direitos e das garantias fundamentais.⁴⁷⁵

Isto porque, segundo leciona Anízio Pires Gavião Filho,

Se direitos fundamentais são princípios passíveis de colisões que se deixam solucionar pela ponderação e se a racionalidade das decisões judiciais depende da argumentação

⁴⁷⁰ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 30.

⁴⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 116-117.

⁴⁷² *Ibid*, p. 588-594.

⁴⁷³ *Ibid*.

⁴⁷⁴ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 42.

⁴⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 163-164.

jurídica, então deve ser estabelecida a conexão entre argumentação e ponderação. O resultado é a ponderação racional justificada pela argumentação racional.⁴⁷⁶

No Brasil, a Corte constitucional vem fazendo uso da proporcionalidade, no exercício da jurisdição constitucional, desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo um dos casos mais paradigmáticos, o julgamento do Recurso Extraordinário 18.331, em 1951.⁴⁷⁷

No caso em específico, o STF julgou o recurso acerca da declaração da inconstitucionalidade de uma lei publicada pelo município de Santos/SP, que majorava o imposto sobre a licença das cabines de banhos. O Juízo de origem, ao julgar inconstitucional a lei, entendeu que a majoração realizada era excessiva e desproporcional, não podendo o município exercer a sua capacidade de taxaçoão do Estado de forma ilimitada.⁴⁷⁸

No entanto, a Corte entendeu que a cobrança era constitucional, haja vista que, ao analisar os argumentos suscitados, verificou que a taxaçoão não ocorreu de modo desmedido, uma vez que havia uma legislação prévia e previsão orçamentária, além de que o ajuste não sucedeu em desconformidade com os parâmetros de correção à época.⁴⁷⁹

Logo, compreendeu que, diferentemente do entendido pela origem, a taxaçoão não inviabilizava a liberdade de trabalho, haja vista que o contribuinte não foi excessivamente onerado.⁴⁸⁰

Após o processo de redemocratização enfrentado pelo nosso país, marcado pelo advento da Constituição Federal de 1988, percebe-se que a proporcionalidade passou a ser aplicada de modo mais efetivo pela Corte, uma vez que esta teve as suas atribuições ampliadas, passando a aplicar a proporcionalidade no controle de constitucionalidade concentrado.⁴⁸¹

E, no âmbito do Direito Sucessório, constata-se que é justamente o controle de constitucionalidade concentrado, na figura da ação direta de inconstitucionalidade, e a proporcionalidade, que deverão ser aplicados para adequarem a legislação ordinária aos preceitos emanados da norma fundamental. Já que, por estarmos diante da colisão entre princípios, o controle de constitucionalidade, por ser uma atribuição originária da Corte, que

⁴⁷⁶ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 239.

⁴⁷⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 251;

⁴⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário n. 18.331/SP**. Relator Ministro Oromzimbo Nonato. Julgado em 21 set. 1951.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 258-263.

tem como propósito adequar a norma ordinária ao texto constitucional, mostra-se o instrumento que atingirá a finalidade pretendida da forma menos danosa, mediante o afastamento do princípio que não mais se justifica para a manutenção do ato normativo impugnado.

Isto quer dizer que, por meio da jurisdição constitucional, a legítima, entendida como a quota parte indisponível do patrimônio em proteção aos herdeiros necessários para todo aquele que quiser deixar os seus bens em sucessão, poderá ser abolida do ordenamento vigente, uma vez que frontalmente contrária ao princípio da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana. Significa que o artigo 1.789 do Código Civil, mediante o controle de constitucionalidade, representado pelo rito do processo concentrado ou pela via difusa, deverá ser declarado inconstitucional.

Conforme visto anteriormente, a legítima encontra-se alicerçada nos princípios da solidariedade familiar e da proteção à família, com respaldo no artigo 5º, XXX da Constituição Federal. Na verdade, o direito à herança foi instituído em nosso ordenamento como forma de regulamentar e concretizar os referidos princípios.⁴⁸²

Foi implantado com a finalidade de dar continuidade ao patrimônio e ao legado deixado pelo falecido, permitindo sua perpetuação, mesmo após o seu falecimento. Isto porque, quando da elaboração da Constituição de 1988, a sociedade possuía características patriarcais, na qual os bens eram compreendidos como a maneira pela qual o homem, responsável pela manutenção do lar, poderia permanecer fazendo-se presente, como mantenedor da família, mesmo após o seu falecimento.⁴⁸³

A herança era entendida como o instrumento que permitia a conservação dos negócios firmados pelo *de cuius*, visto que, havendo disposição acerca da destinação específica do patrimônio, estar-se-ia resguardando os familiares diretos do falecido, perante os quais guardava dever de manutenção.⁴⁸⁴

Desta forma, o indivíduo, ao transmitir forçosamente o acervo patrimonial, daria prosseguimento à ordem econômica e familiar, determinando, indiretamente, a manutenção das relações e da sistemática instituída ao longo de sua existência. Permaneceria sendo o indivíduo que controla e gerencia o núcleo familiar, em todas as suas variações, perpetuamente.⁴⁸⁵

⁴⁸² COSTA, Judith Martins. Art. 5º, XXX – é garantido o direito de herança. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (E-book).

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família: herdeiro e legatário. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 95, p. 273-281, 2000. p. 274-275. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469/70079>. Acesso em: 11 jan. 2021.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

Com a evolução das relações, entretanto, os princípios que instituíram a legítima e o próprio direito à herança deixaram de possuir essa valoração e de ter um significado de proteção, e passaram a violar a máxima da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada.

Isto quer dizer que o instituto da legítima, como o próprio Direito Sucessório, foram alicerçados no direito à propriedade e na manutenção da solidariedade familiar, revestidos de características, eminentemente patriarcais e patrimoniais. Tanto a família quanto a propriedade sofreram significativas transformações e ganharam novos contornos em face da elevação da dignidade da pessoa humana como norte axiológico do ordenamento jurídico; entretanto, essa transformação não ocorreu no que tange ao instituto da legítima.

Conforme referenciado anteriormente, contudo, o objetivo da família transmutou-se; os indivíduos passaram a firmar as relações por razões eminentemente afetivas, o caráter patrimonial da família cedeu espaço ao caráter existencial. A família, a partir disso, passou a ser compreendida como o meio responsável pelo desenvolvimento da personalidade da pessoa, como o meio que fortalece e promove o indivíduo.

Desta maneira, os princípios utilizados como justificativa para a garantia da herança não se mostram mais presentes, de modo que a tutela patrimonial não deve mais sobrepor-se e permanecer sendo utilizada como argumento para a limitação da disposição volitiva do sujeito, a qual consiste em aspecto constitutivo de sua existência. Além disso, ao analisarmos a norma constitucional, depreende-se que é garantido o direito à herança, porém, em momento algum há disposição específica acerca do direito à legítima. Não há como garantir, entretanto, uma mera expectativa de direito, não há como instituir uma reserva que depende, obrigatoriamente, de uma condição futura, incerta e não sabida. Caso a parte não tenha bens, quando de seu falecimento, o direito à herança restará inócuo.⁴⁸⁶

Logo, depreende-se que o legislador, ao instituir as normas jurídicas pensando em proteger o sujeito e permitir que seja resguardado, acabou tolhendo a liberdade do indivíduo e, pois, a sua existência digna. A manutenção de tais preceitos legislativos e a sobrevivência nos dias atuais de uma interpretação tendencialmente patrimonialista violam aquilo que hoje valora e significa o sujeito em sua integridade indisponível, a saber, a sua dignidade e autonomia.

Conforme visto anteriormente, a dignidade, com o advento do Estado Democrático de Direito, foi alçada ao centro do ordenamento constitucional, passando a ser compreendida como a norma máxima a ser buscada e concretizada na legislação infraconstitucional. Passou a ser a

⁴⁸⁶ LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA FAMÍLIAS: PLURALIDADE E FELICIDADE, 9. *Anais* [...]. p. 45. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

finalidade intentada pelo Estado e relacionar-se, diretamente, à autonomia do sujeito, posto que foi percebido que a pessoa apenas poderá ser considerada digna se tiver liberdade e autonomia para decidir sob os rumos da sua existência.

Segundo Robert Alexy,

A liberdade seria parte da dignidade humana, e a dignidade deveria ser sempre considerado quando do controle da compatibilidade material com a ordem constitucional. [...] O peso das razões favoráveis à proteção do direito fundamental é o resultado da conjunção do princípio da liberdade negativa e do princípio da dignidade humana (de forma mais precisa: dos subprincípios materiais do princípio da dignidade humana). Ambos os princípios devem ser sopesados conjuntamente contra os princípios que sejam favoráveis à intervenção.⁴⁸⁷

Assim, partindo da premissa de que o ordenamento deve ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o indivíduo não pode ser funcionalizado, tampouco utilizado como instrumento para a obtenção de outras finalidades que não as vinculadas à sua existência digna.

O indivíduo é um fim em si mesmo, de modo que tem capacidade para eleger seus projetos de vida e fazer as suas escolhas, as quais devem ser respeitadas. A vontade do sujeito não pode ser condicionada a elementos externos, que invadam e impossibilitem a sua capacidade de autogestão. A dignidade do ser humano encontra-se alicerçada, portanto, no reconhecimento da sua autonomia.⁴⁸⁸

Ao nosso ver, a autonomia é o elemento que qualifica e estrutura a democracia, de maneira que o Estado apenas poderá ser compreendido como democrático se vislumbrar o sujeito como um fim em si mesmo, como autor e destinatário das leis. E para que isso ocorra, deve concretizar os direitos fundamentais da pessoa, possibilitando que as liberdades sejam verdadeiramente exercidas pelo indivíduo.⁴⁸⁹

O Estado, portanto, apenas será entendido como democrático se a pessoa, centro da sua atuação, for livre e tiver assegurada e promovida a sua autonomia, visto que o indivíduo apenas poderá ser denominado como digno se for, verdadeira e profundamente, livre.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 385-386.

⁴⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. p. 17. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

⁴⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. p. 37. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

Assim, percebe-se que o elemento que reconhece um contexto sócio-jurídico como democrático é a liberdade outorgada aos membros que legitimam a expressão de poder estatal. A democracia constitui-se mediante o reconhecimento da pessoa como um ser livre e autônomo, de maneira que qualquer condicionamento da disposição patrimonial *post mortem* contraria os pilares do Estado Democrático de Direito.

Constata-se, assim, que a problematização constitucional da legítima caracteriza-se pela colisão entre dois espectros principiológicos: o princípio da solidariedade familiar e da proteção integral, marcado, por um lado, pelo direito à herança, e o princípio da autonomia privada, por outro, correlato ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme já abordado, no entanto, é imperioso que o princípio da autonomia se sobreponha ao princípio da solidariedade familiar e da proteção integral, uma vez que o ser humano deve ter liberdade para escolher os rumos da sua vida, fazer as suas escolhas, sem que seja constrangido em suas prerrogativas pelo Estado. O Estado deve permitir que essa autonomia seja colocada em prática integralmente.⁴⁹¹ O projeto existencial deve ser superior à proteção patrimonial instituída pelo Estado, que sequer se legitima na atual conjectura social.⁴⁹²

A família foi significativamente modificada, as relações tornaram-se mais fluídas e passaram a ser norteadas pelo afeto. A família perdeu o caráter patrimonial e reconfigurou-se como um ambiente de valoração das escolhas individuais da pessoa, e essa autonomia do sujeito para buscar relações que promovam e desenvolvam a sua capacidade e personalidade passou a ser reconhecida e tutelada pelo Estado.

À vista disso, não se apresenta correto que as normas aplicadas no Direito Sucessório permaneçam sendo respaldadas por argumentos com exclusiva proteção patrimonial, que continuem sendo fundamentadas em modelos ultrapassados, que não representam mais as aspirações existenciais dos sujeitos, tampouco espelham a verdade vivenciada pelos mesmos. O Direito Sucessório, assim como o Direito de Família, deve significar a liberdade existencial da pessoa.

Ainda mais considerando-se o patrimônio como a extensão da personalidade e da liberdade existencial do sujeito, que deve, necessariamente, retratar a efetiva manifestação da vontade do indivíduo, e não ao contrário, constituir-se como a representação do comando imposto pelo Estado.

⁴⁹¹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida.** p. 19. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

⁴⁹² *Ibid.*

O Estado não tem conhecimento dos anseios e das relações firmadas pelo indivíduo, de maneira que este deve ter autonomia para deliberar acerca do seu patrimônio da forma como melhor lhe aprouver, pois, se o afeto, como manifestação da autonomia, da liberdade e da dignidade do sujeito, vem sendo empregado como justificativa de natureza constitucional para o avanço do Direito de Família, é razoável que deva ser utilizado, de igual maneira, no Direito Sucessório.

A sucessão deve ser condicionada apenas à vontade da pessoa humana e não a disposições legais firmadas em tempos que o princípio da solidariedade familiar e da proteção familiar eram compreendidos como a razão de ser da pessoa. Aqui, havia uma primazia do ter em relação ao ser a nortear o direito à herança.

Cumprir mencionar que o próprio princípio da proteção e da solidariedade familiar, ao ser analisado sob o prisma da dignidade, foi ressignificado, passando a ser considerado não apenas como expressões materiais de garantia patrimonial prestada em favor dos membros da família, mas sim o suporte afetivo e moral que um indivíduo deve despender com aqueles com quem ele quer se vincular. Se a família passou a ser permeada pelo afeto, é imperativo que a solidariedade entre os integrantes do seio familiar seja compreendida dessa forma.⁴⁹³

Exatamente, não seria plausível que essa solidariedade fosse realizada de modo unilateral, pois, ao impossibilitar o sujeito de dispor livremente dos seus bens, condiciona-o a ser solidário com aqueles que não lhe atenderam e não lhe significaram.⁴⁹⁴

Por esta razão, é evidente que a legítima não guarda relação com o princípio da proteção e da solidariedade familiar nesses renovados moldes, tampouco promove a autonomia e a dignidade do indivíduo, constituindo-se, dessa forma, como instituto que contraria os preceitos mais caros dispostos em nosso ordenamento constitucional.

Ainda mais porque permitir que o indivíduo disponha da integralidade do seu patrimônio para transmitir àqueles para quem realmente queira beneficiar, traz novos contornos à solidariedade familiar, deixando-a, à vista disso, mais autêntica e mais compatível com a sociedade plural na qual estamos inseridos. Noutras palavras, ao suprimir a garantia patrimonial dos herdeiros, estes restarão incumbidos em assumir a responsabilidade sobre os rumos das suas vidas. Isto quer dizer que a solidariedade deixou de ser compreendida como um auxílio material, que enfraquecia a autonomia e a iniciativa do sujeito, e passou a ser entendida como um instrumento de promoção e individualização da pessoa, elevando-a como sujeito capaz de

⁴⁹³ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2020. (*E-book*).

⁴⁹⁴ *Ibid.*

administrar as questões que lhes são próprias, reconhecendo-o como indivíduo, verdadeiramente, autônomo.⁴⁹⁵

Assim, como o direito é um produto cultural, é indispensável que ocorra a adequação da norma à realidade social e aos valores comunitários de uma época; caso contrário, as garantias e os direitos constitucionais restarão inutilizados com o passar do tempo. Logo, mediante o sopesamento e a construção de argumento de princípio é que haverá o reconhecimento da prevalência da autonomia e da dignidade, hipótese em que a norma poderá ser modificada (em validade ou aplicação), passando a resguardar, efetivamente, o indivíduo.

Ressalta-se que, a dignidade, ainda que compreendida como norma axiológica do ordenamento e representante da autonomia e da liberdade, assim como todos os demais preceitos, não é absoluta, isto porque, em determinadas situações, é utilizada como freio ao exercício da liberdade individual.⁴⁹⁶

Isto quer dizer que, quando a escolha realizada pelo indivíduo, ainda que de forma totalmente consciente, coloca em risco a sua dignidade e o submete a situações que não se justificam, haveriam limites para o sujeito dispor da própria dignidade. A liberdade de escolha, em vista disso, seria mitigada, justamente para preservar a dignidade do indivíduo.⁴⁹⁷

A disposição integral do patrimônio, no entanto, não fere a dignidade da pessoa humana, tampouco a coloca em situações indevidas e injustificadas, pelo menos em tese. A liberdade patrimonial manifesta-se como a expressão da autonomia do indivíduo, posto que, ao autorizar o sujeito a dispor de seus bens, permite que seja exercida a liberdade sobre aquilo que lhe pertence.

Logo, não há como falar em prejuízo a direito de terceiro, uma vez que o indivíduo apenas está deliberando em relação ao próprio patrimônio. O que, efetivamente, fere a dignidade é a impossibilidade do titular do bem em dispor de liberdade sobre aquilo que amealhou, sob a justificativa de resguardar um terceiro que, não raras vezes, não guarda relação consigo.

O Estado, ao obrigar a pessoa a preservar e destinar o seu acervo patrimonial para indivíduos pré-estabelecidos, sem considerar a vontade efetiva do titular do patrimônio, fere,

⁴⁹⁵ DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessário. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 4, n. 5, 2018. p. 1.262-1.264. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_1253_1283.pdf. Acesso em: 2 fev. 2021.

⁴⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. p. 22-26. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

expressivamente, a dignidade que lhe é tão cara. Trata-se de uma violação absolutamente desmedida, desproporcional e injustificada.

Cabe aqui a indagação: se o sujeito pode gozar, fruir e consumir todo o seu patrimônio em vida, sem que nenhuma restrição lhe seja imposta, por qual razão não pode ser aplicada a mesma métrica para a disposição *post mortem*? É contraditório que a proteção legal seja conferida apenas quando do falecimento do titular do bem, possibilitando que o mesmo dilapide, se assim entenda, o patrimônio, mas resguarde-o para quando da sua morte.

A liberdade e a autonomia, correlatas à dignidade, devem ser igualmente reconhecidas na sucessão, uma vez que, como vêm sendo admitidas para a realização de projetos existenciais, no âmbito das relações familiares, também devem ser resguardadas para a deliberação acerca da destinação do patrimônio superveniente à morte do titular.

A herança, que antes possuía um caráter de proteção, perdeu essa característica, conforme já exposto, justamente pela funcionalização da família e do indivíduo. Logo, se a família foi funcionalizada, é evidente que a sucessão também o deve ser. Isto quer dizer que, se o sujeito passou a ser compreendido como um fim em si mesmo, as suas escolhas devem representá-lo e não garantir direitos de outrem.

Desta forma, estender essa suposta solidariedade e proteção, mesmo após o falecimento do sujeito, mostra-se absolutamente desarrazoada e, portanto, inconstitucional. A norma deve ser pautada com base na expressão da máxima axiológica contida na Constituição, guardando estreita relação com o que a Carta dispõe, a fim de que os direitos possam ser assegurados, sem que as garantias sejam violadas. E, no caso da legítima, percebe-se que o princípio da autonomia privada, compreendido pela dignidade da pessoa humana, sobrepõe-se ao princípio da solidariedade e da proteção familiar, bem como ao direito à herança tal qual concebidos sob a ótica da matriz patrimonial.

Assim sendo, imperioso se faz que o Direito Sucessório seja alterado, que as normas que o disciplinam passem a retratar e valorizar a autonomia e a liberdade, essenciais para o reconhecimento efetivo da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que a norma deve ser interpretada e modificada à luz das disposições constitucionais, de modo que não se pode empregar como argumento desfavorável à manutenção da legítima, o eventual benefício de um membro do núcleo familiar em detrimento dos demais, a ausência de ética ou moralidade na decisão do sujeito de beneficiar determinado filho ou nenhum dos herdeiros necessários.

A extinção da legítima não fere a igualdade, uma vez que a igualdade que vem sendo reconhecida pelo Estado é a igualdade na aplicação da lei, ou seja, o direcionamento do

dispositivo legal deve ocorrer sem que seja realizada uma análise pormenorizada daquele que está sendo alvo da aplicação. O emprego deve suceder-se nos termos como a norma encontra-se posta, sem que o julgador aponte aqueles que serão beneficiados. Se a lei não distingue, a aplicação também não pode diferenciar.⁴⁹⁸

Fundamentalmente, a igualdade é compreendida como o reconhecimento, por parte do Estado, de que todos os indivíduos devem ser alvos de tutela, que todos devem ser entendidos como titulares de direitos e obrigações, valorados como o norte da atuação do Estado.⁴⁹⁹

A igualdade, porém, assim como todos os demais preceitos, não é absoluta, posto que pode, ao tentar compreender todos de igual forma, constituir-se como um elemento de exclusão de determinada garantia constitucional e, logo, havendo um propósito legítimo e racional, pode ser relativizada.⁵⁰⁰

Em relação à supressão da legítima do ordenamento vigente, essa relativização da igualdade ocorre, visto que, ao ser pensada a igualdade de forma absoluta, o indivíduo não poderia dispor de nenhum percentual do seu patrimônio, pois todo o acervo deveria permanecer sendo resguardado para os herdeiros necessários.⁵⁰¹

Isto porque, ao fazer uso da parte disponível, poderia destiná-la na integralidade apenas para um indivíduo, de modo que, quando do seu falecimento, esse beneficiário, além da quota parte disponível, receberia um percentual sob a legítima e, desta maneira, o acervo recebido seria superior aos dos demais herdeiros.⁵⁰² A lei, contudo, autoriza essa disposição, sem que isso seja considerado uma afronta ou uma violação ao princípio da igualdade.

Da mesma forma, não se estaria pensando em igualdade ao imputar a um pai a obrigação de deixar o patrimônio, em proporções idênticas para os dois filhos, sendo um detentor de expressiva potencialidade econômica e outro em condição de hipossuficiência. Neste caso, também não haveria igualdade na distribuição do patrimônio.⁵⁰³

A igualdade apenas seria identificada se o genitor pudesse igualar a situação havida entre os filhos por meio da destinação exclusiva dos bens ao filho que se encontra em situação de inferioridade patrimonial em relação ao outro.⁵⁰⁴

⁴⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 393-395.

⁴⁹⁹ LORENZETTO, Bruno Meneses; CLEVÉ, Clemerson Merlin. **Governo democrático e jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 63-64.

⁵⁰⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (*E-book*).

⁵⁰¹ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2020. (*E-book*).

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ *Ibid.*

O ordenamento inviabiliza, no entanto, a disposição integral, justamente por entender que a igualdade somente poderia ser garantida se todos os herdeiros fossem contemplados quando do falecimento do titular do acervo. Conforme explana Rolf Madaleno, estar-se-ia diante de uma aparente e ilusória igualdade, haja vista que as particularidades de cada membro do núcleo familiar não seriam observadas, tampouco atendidas de acordo com as suas efetivas necessidades.⁵⁰⁵

Ademais, partindo dessa mesma premissa, não haveria igualdade no caso de um indivíduo que, por possuir mais de um filho, despendesse valores distintos, à título de obrigação alimentar, para cada um deles. No caso, compromete-se ou é incumbido no pagamento das despesas de forma diversa entre os filhos, haja vista que um recebe um montante superior em relação ao outro. A lei, entretanto, autoriza essa possibilidade, ao permitir que haja discrepância entre as obrigações alimentares, sem que isso seja compreendido como uma afronta ao princípio da igualdade.

Desta forma, percebe-se que a igualdade não é um princípio fechado e absoluto; é necessário que seja analisada em conformidade com o direito que se busca alcançar, mesmo porque, conforme assinala Robert Alexy, “a igualdade de todos em relação a todas as posições jurídicas não produziria apenas normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas; ela também eliminaria as condições para o exercício de competências”.⁵⁰⁶

Assim, mostra-se inviável trazer a igualdade como pressuposto para a manutenção da legítima, uma vez que não há como instituir uma igualdade ampla e irrestrita, visto que, ao outorgar a igualdade para um indivíduo, acaba-se ocasionando a desigualdade de outro. A igualdade fática, da forma como se sustenta, portanto, não há como ser alcançada; caso contrário, qualquer norma que cerceie o direito de uma pessoa para resguardar o de outro, deveria ser compreendida como desigual.⁵⁰⁷

Além disso, depreende-se que a igualdade, no âmbito das relações familiares, vem sendo empregada de modo correlato a outro princípio. No que concerne ao reconhecimento da filiação socioafetiva, da equiparação do regime sucessório da união estável e do casamento e do reconhecimento da união homoafetiva, exemplificativamente, percebe-se que houve a busca do reconhecimento da afetividade havida entre as partes.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 396.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 396-399.

Buscou-se, fundamentalmente, a valoração de um desejo recíproco e de uma situação vivenciada. Procurou-se que o afeto, norte das relações estabelecidas, passasse a reverberar no ordenamento jurídico, com vistas a ter efetiva significação e aplicação pelo Estado. E o Estado, ao acolher as indagações dos sujeitos, admitiu que a capacidade de escolha da pessoa, a liberdade de firmar os projetos de vida da forma como melhor lhe preencha e significa, é essencial para a concretização da autonomia e da dignidade que tanto prega.

No tocante à igualdade da filiação, constata-se que a finalidade desse reconhecimento está na vedação à parentalidade irresponsável, bem como na necessidade do indivíduo de ter a sua existência valorada. Se a família foi elevada como o meio de desenvolvimento da pessoa, além de ter se transformado no instrumento de realização e de satisfação pessoal dos seus integrantes, imprescindível que o filho, independentemente da forma como fora concebido, tenha garantido esse ambiente.⁵⁰⁸

Entende-se que o filho, pelo simples fato de ter sido gerado de forma diversa daquela tradicionalmente aceita, não pode ser privado do papel desempenhado pela família. Mostra-se necessário que o filho pertença, efetivamente, a um núcleo, onde possa ser significado, valorado e respeitado, e isso não ocorre por intermédio do patrimônio, mas, sim, pelo sentimento de pertencimento e de vinculação que o seio familiar proporciona.⁵⁰⁹

Observa-se que a igualdade estabelecida entre os filhos perpassou, sobretudo, por elementos existenciais, e não pela garantia patrimonial.⁵¹⁰

Desta forma, constata-se que o princípio da igualdade não pode ser aplicado de maneira absoluta e irrestrita, posto que, se assim for compreendido, diversas garantias serão suprimidas, e, no tocante à legítima, isto não é diferente.

A legítima, conforme anteriormente abordado, foi instituída sob o prisma do princípio da solidariedade e da proteção familiar, bem como do direito à herança, com o intuito de garantir que os indivíduos próximos ao titular do patrimônio permanecessem assegurados, mesmo após o seu falecimento.

O legislador, no entanto, ao tentar proteger o sujeito, acabou cerceando-o e impossibilitando-o de exercer aquilo que o significa e o eleva como digno, a sua liberdade e a sua autonomia.

⁵⁰⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro atual – Direito pós-moderno? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, 1999. p. 28-35. Disponível em: <file:///C:/Users/Windows/Downloads/70564-292561-1-PB.pdf>. Acesso em 15 jan. 2021.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ *Ibid.*

O indivíduo deixou de ser compreendido exclusivamente como um instrumento de promoção do Estado e de ser visto apenas pelo viés patriarcal e patrimonial. A pessoa humana começou a ser valorada nas suas mais variadas vertentes e ramificações, de modo que os seus anseios e os seus intentos passaram a ser objeto de proteção do Estado. A percepção do sujeito como uma parte foi transmutada para a valoração da pessoa humana como um todo. E isso, fundamentalmente, deve implicar em alterações na atuação estatal, haja vista que as normas necessitam funcionalizar a pessoa, compreendendo, elevando e promovendo tudo que estrutura e significa o indivíduo como ser fundamental sob a égide do Estado Democrático de Direito.⁵¹¹

A pessoa humana é a diretriz do Estado, da norma e da jurisdição, de maneira que estes devem ser vistos, lidos e realizados, com o objetivo de promover o indivíduo, posto que, conforme leciona Ana Luiza Maia Nevares, “as situações patrimoniais devem estar funcionalizadas à realização da pessoa humana, valor unificador do ordenamento jurídico”.⁵¹²

O indivíduo, como ser racional, tem a capacidade de eleger o projeto de vida que melhor lhe satisfaz, e essa capacidade, portanto, deve ser reconhecida pelo Estado, que não pode interferir nos rumos e nas escolhas de vida realizadas pelo sujeito; muito pelo contrário, deve garantir que essa autonomia, correlata à dignidade, seja exercida. É justamente essa autonomia, compreendida como a capacidade de autogestão do indivíduo, que o enquadra como elemento essencial à legitimação e ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

O Estado apenas poderá ser apontado como Democrático se permitir que as garantias fundamentais da pessoa sejam, verdadeiramente, exercidas; se significar o indivíduo como um fim em si mesmo.

Desta maneira, não pode anuir com a manutenção de norma que contrarie o reconhecimento do sujeito como digno e autônomo, ainda mais quando as razões para a sua instituição não se mostram mais presentes, tampouco razoáveis, quando, por meio do sopesamento, é constatado que a sua permanência no ordenamento fere a máxima constitucional da dignidade humana.

Logo, a Corte constitucional, compreendida pelo Estado Democrático de Direito como a guardiã da Constituição Federal, pode utilizar-se da função que lhe foi constitucionalmente atribuída, através do controle de constitucionalidade – para julgar o artigo 1.789 do Código Civil, dispositivo legal que trata acerca do direito à legítima, inconstitucional.⁵¹³

⁵¹¹ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16-17.

⁵¹² *Ibid*, p. 17.

⁵¹³ No caso em análise, conforme leciona Leo Brust, em seu Livro Controle de Constitucionalidade: A tipologia das decisões do STF, p. 64-65, a declaração de inconstitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, uma vez que

Assim, a Corte consagrará, verdadeiramente, os direitos instituídos, com o advento do Estado Democrático de Direito, permitindo que o indivíduo exerça a sua autonomia, no âmbito do Direito Sucessório, e concretize a dignidade que tanto que lhe é cara. Fundamentalmente, por meio da declaração de inconstitucionalidade da legítima pelo Poder Judiciário, o ordenamento passará a ser uno, íntegro e coerente, e o Estado, enfim, poderá ser entendido como o instrumento de promoção e desenvolvimento do indivíduo, cumprindo, assim, com a sua finalidade essencialmente democrática.

fará com que todos os órgãos permaneçam vinculados a essa decisão, necessitando ser cumprida por todo o ordenamento e reverbando efeitos para toda a sociedade. Não se trata de uma decisão isolada, que implicará efeitos apenas para as partes envolvidas; a declaração de inconstitucionalidade, aqui ventilada, gerará uma vinculação ampla e irrestrita. Já em relação à modulação dos efeitos, acredita-se que a decisão deverá produzir efeitos apenas da data da prolação da inconstitucionalidade em diante, bem como que as demais disposições acerca da legítima na codificação deverão ser, posteriormente, resolvidas pelo Poder Legislativo ou, novamente, pelo Poder Judiciário, caso aquele permaneça inerte. Por fim, defende-se que eventuais controvérsias acerca da inconstitucionalidade deverão ser apreciadas e sanadas, causuisticamente, pelo Poder Judiciário devendo, portanto, a parte que, por ventura, sinta-se prejudicada com o julgamento de inconstitucionalidade, intente ação judicial reiveindicando aquilo que acredita que a decisão lhe suprimiu ou violou.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por objetivo analisar a incidência do princípio da autonomia privada no âmbito do Direito Sucessório, na busca por verificar, especificamente, se a autonomia, caracterizada pelas nuances decorrentes do advento do Estado Democrático de Direito, vem sendo exercida efetivamente nas disposições *post mortem*, e se o instituto da legítima permite e apresenta-se compatível com a liberdade de escolha da pessoa humana.

No primeiro capítulo, observou-se a evolução do conceito de autonomia correlata à transmutação sofrida pelo Estado. Por meio desta observação, percebeu-se que o Estado foi e permanece sendo um agente de estruturação social, uma vez que se apresenta como ente fundamental à inibição e à regulação das condutas naturais do indivíduo.

O Estado, quando de sua instituição, caracterizava-se pela inexistência de sanção externa, onde sua atuação e seu representante eram entendidos como soberanos, não sendo alvos de qualquer cerceamento ou objeção. A finalidade perseguida pelo ente estatal consistia, fundamentalmente, na primazia de interesses patrimoniais e territoriais, posto que a pessoa não era compreendida como objetivo a ser alcançado.

Com o surgimento do movimento Iluminista e do Estado Liberal, entretanto, a liberdade começou a ser almejada pelos indivíduos, no intento do estabelecimento de um contraponto entre a atuação do Estado e os direitos do indivíduo. O sujeito passou a reivindicar o reconhecimento de direitos, visto que, como se reconhecia como membro da sociedade, entendia que necessitava ter assegurado, pelo menos, o direito de ser proprietário de seus bens. À vista disso, o conceito de autonomia nasceu alicerçado nesse preceito, na capacidade do sujeito de dispor de seu patrimônio, passando, em razão disso, a ser representada pelo contrato e pela propriedade, de maneira que o indivíduo apenas poderia ser considerado livre se possuísse total liberdade sobre a disposição de seus bens.

Acontece que, com as transformações ocorridas a partir do Estado Liberal até o surgimento do Estado Democrático de Direito, principalmente pelas atrocidades cometidas ao longo dos regimes totalitários, foi percebida a necessidade da efetiva valoração da pessoa. No caso, o Estado, compreendendo a importância do sujeito para o funcionamento e para a própria legitimação da sua atuação, começou a reconhecê-lo como detentor de direitos e de garantias fundamentais, que não podem ser suprimidas ou violadas de forma desmedida, injustificada ou desarrazoada. Os preceitos inerentes à pessoa passaram a ser assegurados e realizados pelo Estado, haja vista que, apenas com o indivíduo como norte do agir estatal, é que o Estado poderia, verdadeiramente, evoluir e não retroceder para uma posição autoritária.

O Estado, então, constituiu-se como agente de promoção da pessoa humana, ressignificando as suas atribuições e passando a reconhecer e tutelar as garantias fundamentais, utilizando-as como norte da sua própria atuação e como balizador de intervenções desmedidas e desarrazoadas.

O indivíduo, por conseguinte, ganhou novos contornos e começou a ser reconhecido pela sua capacidade de autodeterminação e autogestão, tanto no âmbito das relações públicas quanto no âmbito das privadas. Assim, o princípio da autonomia privada passou a vincular-se diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, por esta ser a detentora de maior capacidade para determinar e dirimir projetos e escolhas de vida. Justamente, pela realização dessa autonomia é que se tornou possível o pleno desenvolvimento da pessoa. Então, a pessoa passou a ser, fundamentalmente, considerada um fim em si mesma.

Partindo dessa premissa, no segundo capítulo observou-se que essa autonomia, ainda que tenha sido alçada à máxima do ordenamento, não ganhou a mesma incidência no Direito Sucessório, pois, ao analisar a legislação vigente, verificou-se que o Estado limita a liberdade de testar do indivíduo quando da existência de herdeiros necessários, constituídos pelos ascendentes, descendentes, cônjuge/companheiro. Tal limitação é conhecida como legítima.

Constatou-se que a legítima foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de promover a manutenção da proteção e da solidariedade familiar, uma vez que, quando foi adotada, a sociedade era revestida de características eminentemente patriarcais. A família era compreendida como uma organização social que objetivava a propagação de interesses econômicos e sociais, e entendida, preponderantemente, como uma forma de convalidação de poder e patrimônio, onde toda a administração de tudo aquilo que se relacionava ao núcleo familiar era realizado pelo pater famílias. Logo, diante da subordinação havida para com esse indivíduo, os demais integrantes dessa seara não possuíam ingerência ou autonomia sobre as questões privadas e familiares.

Assim, em face da evidente dependência existente entre os membros familiares, não era razoável deixar os indivíduos desamparados quando do falecimento do pater famílias. Além disso, a transferência do acervo patrimonial era a maneira pela qual as relações jurídicas do falecido e os costumes internalizados por ele iriam perpetuar-se. À vista disso, a reserva do patrimônio aos familiares mostra-se imprescindível para a subsistência dos indivíduos, bem como para a continuidade do legado deixado pelo *de cuius*.

Com a evolução da sociedade, contudo, o conceito de família modificou-se. A família deixou de ser permeada pelo patrimônio e pela supremacia de interesses econômicos e financeiros, e passou a ser norteadada pelo afeto, constituindo-se como um ambiente de promoção

ao pleno desenvolvimento do indivíduo. O afeto passou a ser reconhecido e valorado, implicando na modificação de conceitos e nos objetivos perseguidos pela pessoa.

Ademais, com o advento do Estado Democrático de Direito, houve a constitucionalização do direito e a sua conseqüente despatrimonialização, de maneira que a capacidade de escolha da pessoa acerca de questões existenciais começou a ser reconhecida, justamente por constituir-se como elemento do pleno desenvolvimento de sua personalidade.

O indivíduo passou a ser compreendido como um sujeito capaz de autodeterminar-se, de modo que não caberia ao Estado eleger o rumo de seus projetos de vida. Foi verificado que de nada adiantaria primar pela dignidade da pessoa humana, sem que o seu direito de escolha, no âmbito das relações interpessoais, pudesse ser exercido da forma como melhor lhe apossasse.

No caso, o Estado apenas pode ser considerado como genuinamente democrático se efetivar os direitos e garantias individuais em sua plenitude, inclusive no tocante às disposições sucessórias, ainda mais pelo fato de essas estarem alicerçadas na pessoa, na autonomia e na dignidade.

Assim, diante dessa transmutação da família, onde os membros evoluíram, inclusive, em termos de independência financeira, e da ressignificação desse núcleo como ambiente de promoção da pessoa, em todas as suas vertentes e significados, mostrou-se que as razões que levaram a instituição da legítima não se apresentam como compatíveis à atual ordem jurídica e social.

Percebeu-se que, ante a atual sociedade plural e complexa, é imperativo que o direito se adapte às transformações sociais, visto que, como é fruto do meio, deve atuar de modo a corresponder aos anseios dos indivíduos, que são os autores e destinatários da lei. Essa adaptação foi observada no terceiro e derradeiro capítulo.

Com o Estado Democrático de Direito, as atribuições do Poder Judiciário foram significativamente alteradas, visto que este passou a ser o garantidor dos direitos fundamentais e do ideal democrático, incumbido no papel de guardião da norma axiológica. Isto quer dizer que não adiantava dispor acerca das garantias inerentes à pessoa humana sem incumbir um Poder na realização desses preceitos e na verificação, se todo o sistema é uno e valora as garantias constitucionalmente previstas, e isso se dá, fundamentalmente, por meio do controle de constitucionalidade.

Outrossim, justamente em razão da sociedade e das relações estabelecidas tornarem-se cada vez mais fluídas, verificou-se que as demandas decorrentes desse novo modelo necessitavam ser atendidas, uma vez que o indivíduo não poderia permanecer sem a tutela jurisdicional; carecia

de ser resguardado na mesma proporção de seus anseios. Logo, o Poder Judiciário, para acompanhar essas modificações e exercer a finalidade que lhe foi atribuída, passou, além de ser o guardião da Constituição Federal, a revisar e a atualizar as disposições contidas na Carta Máxima.

O julgador, com os novos contornos que lhe foram atribuídos, deixou de aplicar a legislação como se encontrava posta, e começou a interpretá-la, ou seja, a verificar se a norma é compatível com a máxima axiológica e se atinge os preceitos ali dispostos. Desta maneira, ao interpretar a norma, acaba confirmando-a ou atualizando-a, tornando-a ajustada aos interesses do agente de legitimação do Estado Democrático de Direito, a pessoa humana.

Ao analisar o artigo 1.789 do Código Civil, que trata acerca do direito à legítima, verificou-se que ele é incompatível com o princípio da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, constituindo-se como verdadeira afronta a tais preceitos. Ainda que a norma tenha sido instituída com base no princípio da proteção e da solidariedade familiar, em decorrência das transformações ocorridas no tocante à finalidade da família e da própria significação da pessoa, tais preceitos não se mostram mais presentes na ordem jurídica e social.

Na verdade, quando realizada a ponderação entre os princípios da proteção e da solidariedade familiar e da autonomia privada, correlata à dignidade, observou-se que a pessoa, ao ser elevada à máxima da atuação do Estado, teve reconhecida a sua capacidade de escolha, uma vez que, como ser racional, dispõe da competência necessária para eleger aquilo que melhor lhe aprouver. E é essa autonomia que a enquadrrou como elemento de legitimação do próprio Estado Democrático de Direito.

Logo, se a pessoa passou a ser a finalidade intentada pelo Estado, mostrou-se justo e razoável que as relações, inclusive as patrimoniais, sejam funcionalizadas à confirmação da sua autonomia e do seu poder de escolha. Caso contrário, a dignidade permanecerá apenas no plano formal, visto que, ao retirar a autonomia da pessoa e a sua liberdade para escolher e eleger aquilo que a significa, estar-se-á suprimindo a sua própria dignidade.

Assim, concluiu-se que manter uma norma, cujas razões para a sua instituição não se fazem mais presentes, violará a máxima constitucional da dignidade da pessoa humana, de maneira que a Corte, incumbida na função de garantidora e revisora do texto da Carta Máxima, deverá declará-la inconstitucional.

Deste modo, ao declarar inconstitucional o direito à legítima, previsto na Codificação Civil, a Corte realizará os direitos e garantias fundamentais, implementados com o Estado Democrático de Direito. Desta forma, originará unidade e coerência ao sistema e promoverá, verdadeiramente, o ideal democrático, uma vez que permitirá que a pessoa humana seja, efetivamente, um fim em si mesma.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica**: perspectivas estrutural e funcional. 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 2 out. 2020.

ANDRIEU, Loius Assier. **O direito nas sociedades humanas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**: a teoria da autonomia – titularidades e direito reais nos factuais do direito civil-constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade humana**. 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536/70146>. Acesso em: 12 out. 2020.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família: herdeiro e legatário**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67469/70079>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. V. IV.

BARROSO, Luís Roberto **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-constitucionalizacao_LuisRobertoBarroso.pdf. Acesso em: 6 fev. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/-a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf. Acesso em: 11 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. Disponível em:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, [S.l.], n. 21, p. 17-18, jun. 2012. ISSN 2236-3475. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis, Ahead of print**, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Dez Anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). **Revista de Direito Administrativo**, n. 214, p. 1-25, out./dez. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263/45375>. Acesso em: 4 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 47, jan./mar. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2005. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 21 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf. Acesso em: 1º fev. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; PFLUG, Samantha Meyer. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós modernidade. **Revista de Direito Privado**, v. 57, p. 69-94, jan./mar. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** – legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estud. Av.**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 dez. 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>. Acesso em: 23 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial n. 922.462/SP**. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 4 abril 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial n.º 1247098/MS**. Relatora Min. Maria Isabel Galloti. Julgado em 14 março 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Recurso Extraordinário n. 18.331/SP**. Relator Ministro Oromzimbo Nonato. Julgado em 21 set. 1951.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF**. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 5 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 878.694/MG**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 10 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 898.060/SP**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema n. 622**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622#>. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Cível). **Recurso de Apelação n. 70082663261**. Relator Desembargador José Antônio Daltoé César. Julgado em 8 out. 2020.

BRAUNER, Mária Cláudia Crespo. **O direito de família: descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001.

BRUST, Leo. **Controle de Constitucionalidade: A tipologia das decisões do STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 507-526, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24325/23096>. Acesso em: 8 fev. 2021.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. *In*: ALMEIDA, Vitor; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (org.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CABRERA, Carlos Maurício Gallo. Da Sucessão Legítima: O Novo Código Civil sob a luz da pós-modernidade. *In*: NORONHA, Carlos Silveira (org.). **As novas perspectivas do direito das sucessões**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma Introdução histórica ao Direito Privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fonte, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. **Lições de Direito das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 19.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO, Luís Camargo Pinto de. Saisine e astreinte. **Revista da Emerj**, v. 7, n. 27, 2004. Disponível em:
https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista27/revista27_91.pdf.

CLEVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-392015000300183&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 7 jan. 2021.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Conexões: Sucessão e Direitos Fundamentais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

COSTA, Judith Martins. Art. 5º, XXX - é garantido o direito de herança. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (E-book).

COSTA, Judith Martins. **Indivíduo, pessoa, sujeito de Direitos**: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. 2010, p. 26. Disponível em:
<https://seer.ufrgs.br/Philiaefilia/article/view/14870>. Acesso em: 12 nov.2020.

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

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fonte, 2006.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **O direito da saisine na tradição jurídica brasileira** (com algumas referências ao pensamento de Torquato Castro). Disponível em:
file:///C:/Users/Windows/Downloads/O_direito_de_saisine_na_tradicao_juridic.pdf. Acesso em: 30 jan. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Renata Marques Lima. Autonomia privada no direito sucessório: a necessidade de revisar a permanência da legítima. **Direito Unifacs – Debate Virtual**, n. 183, p. 1-25. 2015. Disponível: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3877/2648>.

DEGRAZIA, Evandro Rômulo. **Sonegados e colação**: a busca do equilíbrio sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessário. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 4, n. 5, 2018. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_1253_1283.pdf. Acesso em: 2 fev. 2021.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVOSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. 2008, p, 1-24. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade – anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, 2005.

FACCHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACCHIN, Luiz Edson. Trinta anos da Constituição Federal: Desafios constitucionais de hoje e propostas para os próximos trinta anos. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 18, p. 363-370, jan./mar. 2019. DTR\2019\27939.

FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Editora Trotta, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei 11.698/2008: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. por Mário Carvalho Roberto de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões Brasileiro: Disposições Gerais e Sucessão Legítima. *In*: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). **Família e Sucessões: Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no Direito Civil Contemporâneo: Ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HUPFFER, Haipe Maria. O princípio da autonomia na ética kantiana e sua recepção na obra *Direito e Democracia* de Jurgen Habermas. **Revista Anima**, v. 5, p. 142-163, 2011.

JUST, Gustavo. A teoria da interpretação como variável do “paradoxo da jurisdição constitucional”. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 165, p. 25-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/187>. Acesso em: 18 dez. 2020.

KANT, Immanuel. **A fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda, 2007.

KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. **Revista de informação legislativa**, v. 27, n. 105, jan./mar. 1990. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175832>. Acesso em: 30 dez. 2020.

LEITE, Daniel Sarmiento. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações familiares. **Revista de Direito Privado**, v. 19, p. 243-259, jul.-set. 2004.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil**. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 nov. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA FAMÍLIAS: PLURALIDADE E FELICIDADE, 9. **Anais** [...]. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/290.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLEVÉ, Clemerson Merlin. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

LUCHI, José Pedro. **Tensão entre autonomia privada e pública**. 2010, p. 58-61. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198658>. Acesso em: 4 nov. 2020.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, p. 37-44, out./dez. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/93276>. Acesso em: 1º jan. 2021.

MADALENO, Rolf. A disregard na sucessão legítima. **Revista dos Tribunais**, v. 75, p. 741-752, jul. 1998. DTR/1998/352.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2020. (E-book).

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **Sucessão Legítima**: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro atual – Direito pós-moderno? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, p. 21-40. 1999. Disponível em: <file:///C:/Users/Windows/Downloads/70564-292561-1-PB.pdf>. Acesso em 15 jan. 2021.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais Sua importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 167, p. 339-350, jul./set. 2005, p. 342. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/883>. Acesso em: 8 jan. 2020.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **A fundamentação da metafísica dos costumes em Immanuel Kant e a promoção da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: [file:///C:/Users/Windows/Downloads/195-1-318-1-10-20171002%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Windows/Downloads/195-1-318-1-10-20171002%20(2).pdf).

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2008.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. (E-book).

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional** – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENESES, Ramiro Delio Borges; SERRÃO, Daniel Pinto. Autonomia em Kant: pela crítica da crítica científica. **Revista de Filosofia**, Madrid, v. 35, n. 1, p. 7-19, 2010.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Ativismo judicial e papel social do Juiz: o Judiciário brasileiro entre o substancialismo e o procedimentalismo. *In*: DIAS, Handel Martins; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (org.). Belo CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO, 4., 2020. Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Direito das sucessões**: sucessão em geral – sucessão legítima. Atualizado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Paulo Luiz Netto Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito civil privado**: parte especial VII: direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 2, p. 1.151-1.167, out. 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**, v. 779, p. 47-63, set. 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil e constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAIS, Fausto Santos de; GHIGGI, Fernando Gabriel. A vitória pírrica da democracia constitucional. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 135-164, abr. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-6392019000100135&lng=en&nrm=iso. Acesso em 1º jan. 2021.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da Quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual. *In*: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (org.). **Direito Civil**: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais – atualidades II. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NETTO, Melnick de Carvalho. A Hermenêutica Constitucional Sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. **Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fonte, 2006.

NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 10, p. 161-174, 1994. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69389>. Acesso em: 10 nov. 2019.

NORONHA, Carlos Silveira. Reflexões Doutrinárias acerca do Direito das Sucessões. *In*: NORONHA, Carlos Silveira (org.). **As novas perspectivas do direito das sucessões**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil-Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2017.

REPOLÊS, Maria Fernanda. **Quem deve ser o guardião da Constituição? Do Poder Moderado ao Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista da Informação Legislativa**, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

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 Ed., 2011.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado: direito das sucessões (arts. 1710-1779)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SIERRA, Joana de Souza; WALKER, Mark Pickersgill. Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual. *In*: FIUZA, César Augusto de Castro; HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos (org.). **Direito civil contemporâneo II**. Curitiba: Conpedi; Unicuritiba, 2016.

SILVA, Clóvis do Couto e. O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista dos Tribunais**, v. 628, p. 7-18, fev. 1988. DTR\1988\36.

SILVA, Daniel Alt da. **Família simultânea**: uma abordagem à luz da autonomia privada. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais** – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35221/34021>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SILVEIRA, Fernando Lang da. A Teoria do Conhecimento de Kant: o idealismo transcendental. **Cad. Cat. Ens. Fís.**, v. 19, número especial, p. 28-51, mar. 2002. Disponível em: <https://www.if.ufrgs.br/~lang/Textos/KANT.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito fundamental à igualdade. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (E-book).

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. *E-book*.

TABORDA, Wilmar. **Poder político e direito de família**: o sujeito de direito no âmbito da família: uma visão histórico – política. Porto Alegre: AGE, 2010.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2019. (E-book).

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. 2003. p. 13. Disponível em: https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil_constitucional_brasileiro. Acesso em: 25 set. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e ordem pública na legalidade constitucional. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 4, n. 17, p. 223-235, out./dez. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 7, 2001. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.007.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da Doutrina Civil entre o sujeito e a pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VELOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional: uma proposta que visa tornar efetiva a sua missão de precípua de guarda da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, v. 30, n. 120, p. 5-30, out./dez. 1993; **Revista de Direito Administrativo**, n. 192, p. 1-28, abr./jun. 1993; **Boletim de Direito Administrativo**, v. 10, n. 4, p. 193-213, abr. 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176152>. Acesso em: 3 jan. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de Direito**: o embate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.