

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Juliana Pereira Dias

**INCOERÊNCIA DO INSTITUTO DO ROMPIMENTO DE TESTAMENTO,
CONSAGRADO NO ARTIGO 1.973 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, COM O
PRINCÍPIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TESTADOR**

Juiz de Fora
2013

JULIANA PEREIRA DIAS

**INCOERÊNCIA DO INSTITUTO DO ROMPIMENTO DE TESTAMENTO,
CONSAGRADO NO ARTIGO 1.973 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, COM O
PRINCÍPIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TESTADOR**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial à obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientadora Prof^ª. Dr^ª. Kelly Cristine Baião Sampaio

Juiz de Fora

2013

JULIANA PEREIRA DIAS

**INCOERÊNCIA DO INSTITUTO DO ROMPIMENTO DE TESTAMENTO,
CONSAGRADO NO ARTIGO 1.973 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, COM O
PRINCÍPIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TESTADOR**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial à obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 19 de março de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Professora Dr^a. Kelly Cristine Baião Sampaio (Orientadora)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Felipe David Guerra
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Dr^a. Eliana Perini
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O legislador civil consagrou a sucessão legítima e a testamentária, dispensando-lhes igual importância. De modo a resguardar parte do patrimônio do *de cujus* aos herdeiros necessários, foi também instituída a legítima, que consiste em metade dos bens do falecido. Assim, em havendo herdeiros necessários, é facultado ao testador dispor por ato de vontade de apenas metade de seus bens. Caso contrário, inexistindo herdeiros necessários, é facultado ao testador dispor livremente da totalidade de seus bens. Neste caso, se ocorrer de surgir herdeiro obrigatório do testador, que dispôs da totalidade de seus bens sem saber da existência daquele, o testamento será rompido, nos termos do art.1973 do Código Civil, de modo que o herdeiro que sobreveio herdar a totalidade dos bens do *de cujus*. Discute-se, então, se o rompimento do testamento não viola o princípio da livre manifestação de vontade do testador, como espécie do direito constitucional à liberdade, configurando uma incoerência dentro do Código Civil. Essa discussão ganha relevância, sobretudo, quando se pensa no processo constitucionalização do direito civil e no ordenamento jurídico como um sistema composto por normas que guardam coerência entre si.

PALAVRAS-CHAVE: sucessão legítima. Sucessão testamentária. Legítima. Princípio da livre manifestação de vontade. Rompimento do testamento. Unidade e coerência do ordenamento jurídico.

ABSTRACT

The legislature established the civil legitimate and testamentary succession, dismissing them equal importance. In order to protect part of the estate of the deceased to the heirs needed, was also established legitimate, which consists of half of the deceased's estate. Thus, upon heirs needed, the testator is provided by act of will have only half of their assets. Otherwise, lacking the necessary heirs, the testator is permitted freely dispose of their entire assets. In this case, if there arise compulsory heir of the testator, which disposed of all of its assets without knowing the existence of this, the will be broken pursuant to the Civil Code art.1973, so that befall the heir inherits all the assets of the deceased. It is argued, then, that the breakup will not violate the principle of free expression of will of the testator, as a kind of constitutional right to freedom, setting an inconsistency within the Civil Code. This discussion becomes relevant, especially when one considers the constitutionalization process of civil law and the legal system as a system composed of rules that keep consistent.

KEYWORDS: legitimate succession. Inheritance. Legitimate. Principle of free expression of will. Breaking the will. Unity and coherence of the legal system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 BREVE CONSIDERAÇÃO SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO SUCESSÓRIO.....	8
3 A SUCESSÃO LEGÍTIMA E A TESTAMENTÁRIA NO ATUAL CÓDIGO CIVIL.....	12
4 O PRINCÍPIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL E SUA APLICABILIDADE NA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA.....	16
4.1 A DENOMINADA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	16
4.2 A LIBERDADE COMO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL.....	18
4.3 O PRINCÍPIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE COMO ESPÉCIE DO DIREITO À LIBERDADE.....	22
5 O INSTITUTO LEGAL DO ROMPIMENTO DO TESTAMENTO.....	25
6 A UNIDADE E A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO	29
7 CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS.....	36

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho consiste em se analisar a incoerência do instituto do rompimento de testamento, consagrado pelo artigo 1973 do Código Civil de 2002, face ao princípio da livre manifestação de vontade do testador. Referido artigo de lei prescreve:

Art. 1973- Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador. (BRASIL, 2013).

O supracitado artigo dispõe que, em havendo descendente sucessível ao testador, a sua disposição de última vontade deverá ser desconsiderada para fazer valer sua vontade presumida, que é a sucessão legítima, assim, todo o patrimônio do *de cuius* será transmitido ao herdeiro que sobreveio.

Dessa forma, apesar de o Código Civil resguardar os herdeiros necessários, o faz no tocante à legítima, configurada em metade do patrimônio, como prescrito pelo artigo 1789¹ do Código Civil. O artigo 1973 do mesmo código, desconsiderando o fato de que é dada a possibilidade de o testador dispor de metade de seus bens, preceitua que, advindo descendente sucessível, romper-se-á o testamento em todas as suas disposições.

O rompimento do testamento visa a resguardar uma circunstância relevante que seria capaz de alterar a manifestação de vontade do testador. Circunstância esta que poderia ser o surgimento de um herdeiro necessário, como previsto no dispositivo legal ora analisado (artigo 1973 do Código Civil). Entretanto, importa pensar na hipótese em que, mesmo diante de uma circunstância desta, o testador preferisse manter as disposições testamentárias nos termos como foram feitas, resguardando ao seu descendente desconhecido somente o patrimônio que integra a legítima.

A partir disto foi elaborada a pergunta norteadora desta pesquisa: se o ordenamento pátrio instituiu duas formas de sucessão; a legítima e a testamentária, concedendo ao testador o direito de dispor de metade de seus bens, a determinação consagrada pelo artigo 1973 do Código Civil não estaria em dissonância com os

¹ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

princípios norteadores da sucessão, de forma a ferir a disposição de última vontade do testador?

A sucessão legítima tem caráter complementar à sucessão testamentária, tornando-se incoerente qualquer dispositivo que determine a preponderância de uma sobre a outra. Entretanto, o artigo sob análise considera que a sucessão legítima prepondera em relação à testamentária. Ora, não é porque em nosso país as pessoas não tem o costume de testar que se pode afirmar que uma forma de sucessão tem preponderância em relação à outra, pois a preferência pela sucessão legítima se dá em razão de fatores culturais e psicológicos, bem como pelo fato de o legislador ter estabelecido como herdeiros necessários os familiares do *de cuius*.

Assim, é possível afirmar que quando o *de cuius* deixou de se valer do testamento para contemplar seus herdeiros, concordou com a ordem de vocação hereditária instituída pela sucessão legítima, contentando-se com o que determina a ordem de vocação hereditária.

Em contrapartida, quando o testador deixou de contemplar com a totalidade de seus bens alguns ou todos os herdeiros necessários, é porque há outros sujeitos que, em sua concepção, são dignos de lhe suceder.

Ao instituir a sucessão legítima, o legislador levou em consideração a vontade presumida do *de cuius*, contemplando seus familiares mais próximos em detrimento dos demais. Entretanto, há que se respeitar a vontade expressada pelo *de cuius* em seu testamento, pois em algumas situações, o autor da herança pode desejar preterir seus familiares, deixando seus bens a pessoas com as quais não possui parentesco algum, mas que lhes tem um vínculo afetivo muito forte. Dessa forma, nem sempre a sucessão legítima representa a real vontade do *de cuius*, hipótese em que há de se pensar quando do estudo do instituto do rompimento do testamento.

A análise crítica do disposto no artigo 1973 é de fundamental importância, tendo em vista o fato de o legislador ter resguardado ao autor da herança o direito de dispor livremente de metade de seus bens, instituindo duas formas de sucessão, que devem ser tratadas com igualdade, com autonomia.

Conforme se buscará evidenciar no presente estudo, há que existir uma compatibilização entre a proteção da vontade do autor da herança e a proteção dos herdeiros necessários e, conseqüentemente, da legítima.

2 BREVE CONSIDERAÇÃO SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO SUCESSÓRIO

Pode-se afirmar que as ideias basilares do Direito Sucessório existem desde a mais alta antiguidade. Elas consistem na continuidade da religião e da família.

Nessa época, a transmissão ocorria somente pela linha masculina, pois o sacerdote da religião doméstica era o filho homem, cabendo somente a ele o patrimônio da família. Isso se dava em virtude do fato de que a filha, casando, integraria a família do marido, desvinculando-se da casa de seu pai.

O Direito das Sucessões ganha mais destaque a partir do direito romano. A Lei das XII Tábuas autorizava o patriarca a dispor livremente de seus bens. Porém, a falta de testamento abria a sucessão legítima. Daí pode-se depreender um dos princípios que regem o direito sucessório romano: a superioridade do testamento sobre a sucessão *ab intestato* (sucessão legítima). O segundo princípio consiste no fato de que a instituição do herdeiro deve ser universal, não sendo permitido chamar um herdeiro a uma parte da sucessão e deixar o resto aos herdeiros *ab intestato*.

Com tais observações, pode-se afirmar que, para os romanos, até a época bizantina, o conceito dessa transmissão de direitos e obrigações se restringia ao de sucessão universal, isto é, de toda a herança. Foram os bizantinos, da época de Justiniano, que introduziram o novo conceito da *successio in singulas res*.

Outra modificação trazida pelo Código de Justiniano foi que a sucessão legítima passou a fundar-se tão somente no parentesco natural, estabelecendo-se a ordem de vocação hereditária da seguinte forma: I) descendentes; II) ascendentes, em concurso com os irmãos e irmãs bilaterais; III) irmãos e irmãs, consanguíneos ou uterinos; IV) demais parentes colaterais.

Tamanho era a importância do testamento para os romanos que eles consideravam vergonhoso que o indivíduo morresse sem testar seus bens.

O direito germânico, por sua vez, desconhecia a sucessão testamentária. De acordo com a sua concepção eram herdeiros tão somente as pessoas unidas ao *de cuius* por vínculo de sangue.

Desde o século XIII, na França, foi adotada uma instituição de origem germânica denominada *droit de saisine*, pela qual com a morte do hereditando, a posse e a propriedade da herança passam aos herdeiros. O Código de Napoleão

prescreve que os herdeiros legítimos, os naturais e o cônjuge sobrevivente recebem de pleno direito a herança, obrigando-se a cumprir todos os encargos da sucessão.

O Código Civil alemão, consoante o direito medieval, afirma que o patrimônio do falecido passa ao herdeiro como efeito direto da lei.

Com a Revolução Francesa, extinguiu-se o privilégio da masculinidade, cuja origem remonta ao feudalismo.

O Código Napoleão manteve a unidade sucessória e a igualdade entre herdeiros do mesmo grau. Entretanto, referido ordenamento estabeleceu uma distinção entre herdeiros e sucessíveis, sendo aqueles entendidos como os parentes do *de cuius*. Dessa forma, a linha de vocação hereditária iniciava-se com os herdeiros (descendentes; pai, mãe e colaterais privilegiados- irmãos, irmãs e descendentes destes-, demais ascendentes e seus colaterais- a princípio até o 12º grau, posteriormente até o 4º grau), e, em não havendo herdeiros, chama-se à vocação os sucessíveis (filhos tidos como naturais, cônjuge supérstite e o Estado).

O Alvará de 9 de novembro de 1754 introduziu o princípio da *saisine* no direito português. O Código Civil português de 1867 afirmava: “A transmissão do domínio e posse da herança para os herdeiros, quer instituídos, quer legítimos, dá-se no momento da morte do autor dela”.

No Brasil, a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas e o Código Civil de 1916 adotaram a mesma solução. Assim, é possível afirmar que o Código Civil de 1916 aderiu ao sistema germânico-francês.

O Código de 1916 limitava o direito dos colaterais até o 6º grau. Entretanto, em 1946 a vocação dos colaterais foi reduzida ao 4º grau em decorrência do Decreto- Lei n.9.461, datado de 15 de julho daquele ano, o que foi mantido pelo Código Civil de 2002.

Pode-se afirmar que foram feitas muitas modificações no Código Civil desde a publicação do Código de 1916. A matéria civil foi sofrendo alterações que se fizeram necessárias em decorrência da mudança de pensamento dos jurisdicionados e da modificação de alguns conceitos até então consolidados.

Todavia, é possível observar que em muitos aspectos o novo nada mais é do que uma nova roupagem do antigo. É o que ocorre com Instituto do Rompimento do Testamento, outrora previsto no Artigo 1750 do Código Civil de 1916, que prescrevia: “Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que o não tinha, ou

não o conhecia, quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador”. (BRASIL, 2013)

A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil de 2002, manteve referido dispositivo legal e, conseqüentemente, o Rompimento de Testamento, dispensando a ele o mesmo tratamento que o Código anterior ao dispor que, caso sobrevenha herdeiro necessário desconhecido ou inexistente quando da elaboração do testamento, este será rompido em todas as suas disposições, caso o herdeiro sobreviva ao testador.

A única modificação que o atual Código Civil fez em relação a tal instituto foi dedicar-lhe um capítulo em separado, o Capítulo XIII, denominado “Do Rompimento do Testamento”, uma vez que, anteriormente, as hipóteses que davam ensejo ao rompimento do testamento eram tratadas no Capítulo XVI, que disciplinava a Revogação dos Testamentos.

O que há de ser criticado é o fato deste instituto sobreviver até os dias atuais, sem ter sofrido qualquer modificação, mesmo após mudanças tão significativas no contexto político e cultural do país.

O Direito das Sucessões passou por diversas inovações no decorrer dos anos, identificando a sucessão legítima com as transformações familiares.

Além do mais o Código atual simplificou a elaboração dos testamentos, reduzindo o número de testemunhas, restringindo a possibilidade de o testador inserir cláusulas restritivas, exigindo para tanto indicação de justa causa, como disciplina o artigo 1848² do Código Civil.

Além disso, criou mais uma forma de testamento especial, o testamento aeronáutico. Reconhece-se, enfim, o valor do conteúdo sobre a forma estrita.

Ocorre que, mesmo diante de tais modificações no campo do Direito Sucessório o Legislador continuou inerte no que tange ao Rompimento do Testamento, mantendo os mesmos dispositivos do revogado Código de 1916.

Saliente-se, ainda, que, como se verá adiante, as mesmas críticas feitas a tal

² 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.

§ 1º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

instituto poderiam ser feitas àquela época, ainda que de forma menos incisiva, levando-se em consideração o ponto de vista patriarcal e conservador da sociedade daquele tempo.

3 A SUCESSÃO LEGÍTIMA E A TESTAMENTÁRIA NO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Consoante o artigo 1.786³ do Código Civil de 2002, a sucessão se dá por lei ou por disposição de última vontade.

Assim, o que se pode afirmar é que duas são as espécies de sucessão adotadas pelo nosso ordenamento: a sucessão legítima e a testamentária.

Na sucessão legítima é a lei que estabelece quem serão os favorecidos, seguindo o espírito jurídico, social, moral, cultural, religioso e filosófico do direito hereditário.

A sucessão legítima segue a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1829⁴ do Código Civil de 2002. Normas cogentes e dispositivas regulam a sucessão legítima. As regras aplicadas aos herdeiros necessários são cogentes, enquanto as regras aplicadas aos demais herdeiros são dispositivas, porém, de eficácia similar à sucessão legítima.

Os herdeiros necessários são aqueles elencados pelo Artigo 1845⁵ do Código Civil vigente. Sendo eles os descendentes, ascendentes e cônjuge.

Tal dispositivo se fundamenta na unidade e na solidariedade familiar, de modo a assegurar a quota hereditária dos parentes de grau mais próximo. Isso se dá também em virtude do fato de o *de cuius* esperar que o herdeiro legítimo continue mantendo a sua esfera patrimonial, assim como suas relações jurídicas.

Assim, exceto existindo as hipóteses de deserdação e de exclusão por indignidade, os herdeiros necessários não podem ser excluídos da sucessão. Tais hipóteses encontram previsão nos artigos 1.814⁶, 1.962⁷ e 1.963⁸ do Código Civil.

³ Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

⁴ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

⁵ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁶ 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;

A parte disponível do patrimônio do autor da herança se limita à metade, caso existam herdeiros necessários. À parte indisponível destes bens, dá-se o nome de legítima.

Dessa forma, assegurada a legítima, os demais herdeiros poderão ser preteridos pelos herdeiros testamentários, ficando facultado ao testador contemplar pessoas que não seriam beneficiadas pela sucessão legítima.

Serão aplicadas as regras da sucessão legítima em três casos: inexistindo testamento; na sucessão dos bens não testados; havendo caducidade, rompimento ou nulidade do testamento.

Já a sucessão testamentária tramita de acordo com as cláusulas do ato de última vontade, o qual pode contemplar tanto herdeiros necessários e colaterais, quanto pessoas sem nenhum parentesco com o testador. Vislumbra-se aqui a valorização da autonomia da vontade, atendendo-se a uma função promocional do testamento.

Nas palavras de Madaleno (2007,p.7):

A sucessão testamentária advém de modalidade de transmissão por efeito morte, vinculada à vontade humana, podendo ser considerada como uma fonte voluntária da vocação sucessória, em ato expresso pela manifestação formal e unilateral do testador.

Ela é norteadada por dois princípios que se convergem. O primeiro é a livre disposição de vontade. O segundo é a submissão do testador que tenha herdeiros necessários, às normas de ordem pública, de modo a preservar a legítima.

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.

⁷ 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.

⁸ 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.

A sucessão testamentária pode se realizar a título universal ou singular. Já a sucessão legítima sempre se dá a título universal, pois os herdeiros participam da totalidade do ativo e do passivo.

Na realidade o que ocorre é que os brasileiros não têm o hábito de testar. Giselda Hironaka, em um de seus trabalhos enumera algumas hipóteses que justificariam tal atitude. A primeira poderia consistir no fato de aqueles que têm herdeiros necessários preferirem estes aos demais, procurando, assim, não prejudicá-los. A segunda estaria ligada a razões de ordem cultural, pois não agrada ao brasileiro ter que refletir sobre instituto de efeitos após a sua morte.

A terceira e última razão seria a excelente qualidade das normas que regulam a sucessão legítima no Código Civil de 2002, pois quando o legislador elencou aqueles que teriam direito a suceder, o fez de forma a satisfazer a vontade presumida do *de cuius*.⁹

A autora destaca, ainda, que a utilização dos testamentos se faz necessária notadamente quando a vontade do *de cuius* é distinta daquela expressa pela ordem de vocação hereditária.

No mesmo trabalho, Giselda, afirma que o motivo pelo qual teria havido uma inversão no texto do Artigo 1.786 do Código Civil de 2002, de modo a elencar primeiro a sucessão legítima, seria o fato de que, na prática, a sucessão se processa preferencialmente em decorrência da lei (HIRONAKA, 2003).

O fato da sucessão testamentária ser pouco utilizada no Brasil não justifica que ela deva ser colocada em segundo plano, uma vez que o nosso ordenamento prevê as duas espécies de sucessão e é a sucessão testamentária o momento da manifestação inequívoca da vontade. A respeito de tal discussão, Nader (2010, p.31) leciona:

Depreende-se que a sucessão legítima depende da inexistência de testamento; daí alguns autores alegarem que a sucessão testamentária é a regra, enquanto a legítima é exceção. Para outros, fundamental é a sucessão legítima, pois a testamentária pode existir ou não. A matéria é discutida na esfera doutrinária, mas sem qualquer repercussão de ordem prática.

⁹Apesar destas considerações, acreditamos que, na verdade, o fato de os brasileiros não testarem seus bens se deve mais à circunstância de vivermos em uma sociedade conservadora, ainda ligada por vínculos sanguíneos do que pelos fatores elencados por HIRONAKA.

O que é importante ter em mente é que o legislador pátrio adotou uma posição intermediária, consagrando a sucessão advinda da lei e a advinda da vontade do testador, de modo a resguardar a liberdade de testar, que, todavia, não é absoluta, pois deve ser resguardada a legítima caso existam herdeiros necessários.

Diante de tal contexto, afirmar que uma espécie de sucessão deve predominar em relação à outra configura uma discussão sem sentido algum.

4 O PRINCÍPIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL E SUA APLICABILIDADE NA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Antes de tratarmos do princípio da livre manifestação de vontade é preciso perpassar pelo processo de constitucionalização do direito civil e, logo em seguida, pelo princípio da liberdade.

4.1 A DENOMINADA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

No mundo romano-germânico, o direito civil sempre foi visto como o conjunto normativo que regulava as relações entre pessoas privadas, não havendo nenhum ramo do direito mais distante do direito constitucional.

Durante toda sua trajetória, o que se pode observar é que este ramo do direito parecia alheio ao contexto social, político e econômico. A impressão que se tinha era que o Código Civil possuía suas regras e princípios independentemente do que pregava o direito constitucional.

Entretanto, as constituições vieram, progressivamente, ganhando mais importância, reconhecendo-se a necessidade da elaboração de normas supralegais que representassem os anseios da sociedade e garantissem a ordem político-econômica.

Hoje se sabe que o direito civil caminha lado a lado com o direito constitucional em reconhecimento ao fato de que o ordenamento se constitui como um sistema hierarquizado.

Se antes existiam espaços demarcados entre o civil e o constitucional, hoje temos a Constituição conformadora da elaboração e da aplicação da legislação como norma infraconstitucional.

O constitucionalismo é um fenômeno que surgiu contemporâneo à codificação, estando ambos ligados ao advento do Estado Liberal. O constitucionalismo visava, em suma, limitar o poder estatal, e a codificação, por sua vez, visava assegurar a autonomia dos indivíduos, especialmente no que tange à economia e a propriedade. A ideologia adotada pelos códigos, à época, não abrangia a massa, que não possuía patrimônio.

As primeiras constituições se limitaram a resguardar a liberdade e igualdade formal, atendendo aos anseios dos economicamente favorecidos. Ocorre que tal ideologia não perdurou por muito tempo, pois, em seguida, surgiram reações e conflitos que desaguaram no surgimento do Estado social.

O Estado liberal deixou um importante legado: a liberdade e a igualdade, que, apesar de formais, foram incluídas no rol de direitos das pessoas humanas.

O reconhecimento das falácias do Estado liberal fez com que surgissem valores como a justiça social. Dessa forma, de mero limitador do poder político, o Estado passou a regular o poder econômico de modo a resguardar direitos, tais como o trabalho, a educação, a cultura, a saúde e a seguridade social.

Diante desse contexto, os códigos civis acabaram por perder seu status de ícone do direito positivo, uma vez que ultrapassadas as ideias que lhes sustentavam. Como exposto por Lôbo (1999, p.5):

Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente.

O que se pode depreender de tudo o que foi aqui exposto é que o processo de constitucionalização do direito civil, não se limita a ser mero critério hermenêutico formal. Arrisca-se a afirmar que ele é a etapa mais importante do processo de transformação, do direito civil, na passagem do Estado liberal para o Estado social.

Desse modo é que os novos valores advindos dessa passagem, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem orientar a aplicação dos preceitos civis. Nesse mesmo sentido, os dizeres de Moraes (1993, p.11):

Com efeito, sabe-se hoje ser uma perspectiva ilusória aquela que considerava a operação de aplicação do direito como atividade puramente mecânica, que se resumiria no trabalho de verificar se os fatos correspondem aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto, com frequência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um

artigo de lei ou da mera argumentação de lógica formal. Daí a necessidade, para os operadores do direito, do conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto. Sob esta ótica, a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais.

Sendo assim, se uma regra contida no Código Civil for incompatível com a Constituição, deve ser considerada revogada, se anterior a ela, ou inconstitucional, se posterior. Caso seja possível sua utilização, deverá o aplicador do direito lançar mão da interpretação conforme a Constituição.

Dessa forma, tanto o legislador, quanto os aplicadores do direito devem ficar adstritos aos preceitos constitucionais, que representam os valores mais caros de uma sociedade.

4.2 A LIBERDADE COMO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL

Uma das formas de estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais, consiste em dividi-los em três dimensões. Por ora, interessa perpassar pela primeira e pela segunda dimensão, que abrangem os direitos referidos nas Revoluções americana (1776) e francesa (1789) e aprimorados pela ideia de Estado social.

Os direitos da *primeira dimensão* foram os primeiros a ser positivados, daí serem denominados *direitos de primeira dimensão*.

O contexto histórico daquele momento era caracterizado por uma pretensão de abstenção do Estado, a fim de que o poder estatal não interferisse na autonomia pessoal. Objetivava-se apresentar uma resposta contundente aos graves excessos praticados pela monarquia absoluta

Isso justifica o fato desses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer de modo a não intervir na vida pessoal de cada indivíduo.

Tais direitos são caracterizados por sua universalidade, uma vez que são considerados indispensáveis a todos os homens. São direitos que, em síntese, consagram liberdades individuais, sendo seu titular o homem visto em sua individualidade.

Ocorre que não havia uma preocupação com a liberdade e a igualdade material, sendo tais direitos considerados apenas em seu aspecto formal, uma liberdade *pura*, isto é, liberdade em si e não liberdade para qualquer fim (CANOTILHO, 2003 *apud* MARANHÃO, 2009).

Tal ideologia acabou por trazer consigo a exploração dos mais fracos, daqueles que não possuíam bens, mas tão somente sua força de trabalho. Foi assim que surgiu um novo conflito, dessa vez, entre a burguesia e o proletariado. Segundo Lôbo (1986), houve duas etapas na evolução do movimento liberal e do Estado liberal: a da conquista da liberdade; e, em seguida, a da exploração da liberdade.

Diante disso, os ideais marxistas e socialistas começaram a ganhar espaço. Tal avanço, aliado a outros fatores, tais como a eclosão da Revolução Russa, foi, gradativamente, mostrando a necessidade de profundas reformulações no constitucionalismo liberal (MARANHÃO, 2009).

Maranhão (2009, p.4), descreve o cenário dessa forma:

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho*, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações juslaborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.

À frente desse contexto, surge o Estado do Bem-Estar Social, caracterizado pela positivação constitucional dos direitos sociais, culturais e econômicos. Assim, o Estado passou a ter a obrigação de realizar políticas públicas interventivas a fim de dar melhores condições de vida à sociedade.

Reconheceu-se, então, a necessidade de existir alguma intervenção estatal a fim de resguardar os não proprietários dos “avanços” da Revolução Industrial. Assim, passou-se a exigir que o poder estatal concedesse garantias mínimas

Neste subcapítulo nos limitamos a mencionar a primeira e segunda dimensões de direitos humanos, pois não é intenção deste trabalho esgotar a matéria referente a tais direitos. O que se pretende com tudo o que foi até aqui exposto é descrever em qual contexto surgiu o direito à liberdade, perpassando pelo cenário que fez com que se mudasse a ideia do direito à liberdade por si só, passando-se a vê-la como um instrumento de realização da personalidade do sujeito de direito, que é livre para fazer suas próprias escolhas, desde que não haja vedação legal para tanto.

O que é importante destacar é que a Constituição Federal de 1988, nossa “Constituição Cidadã”, consagra o direito à liberdade em seu Artigo 5º. Vejamos:

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: [...] (BRASIL, 2013).

Hodiernamente, este direito possui várias vertentes, inclusive como se pode notar dos incisos do supracitado artigo. Temos, por exemplo, o inciso IV, que consagra a liberdade de expressão, o inciso VI, que prevê a liberdade religiosa e o inciso IX que ampara a liberdade intelectual, dentre outras liberdades constitucionalmente consagradas. Destacando estas várias vertentes (BITTAR, 2003 *apud* VÍCOLA, 2010):

[...] que a liberdade aparece como disciplina jurídica (direito à liberdade) em todas as Constituições do século XIX, inclusive no Brasil, onde, a par de menção geral, como um dos quatro direitos fundamentais, tem sido particularizado em diferentes pontos do elenco próprio, dentre as liberdades públicas (liberdade de locomoção; liberdade de consciência; liberdade de expressão; liberdade de associação etc.: art. 5º e parágrafos, que no caput se refere a vida, liberdade, segurança e propriedade como os direitos básicos, descrevendo a seguir alguns de seus aspectos.

Ao fazer um estudo dos diversos significados dos direitos fundamentais na ordem constitucional, Hesse (1995 *apud* MENDES, 1999) chega a destacar a importância da liberdade como garantidora dos demais direitos.

Tal como observado por Hesse, a garantia de liberdade do indivíduo que os direitos fundamentais pretendem assegurar somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Essas características condicionam e tipificam, segundo Hesse, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Eles asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática.

Tentando encontrar um conceito para a liberdade, DE CUPIS (1961, p. 95 *apud* VÍCOLA, 2010, p.122) destaca que:

Ausência de impedimentos, parece ser a resposta usualmente encontrada pela doutrina para tal indagação, como ocorre, por exemplo, com DE CUPIS. Esse princípio mantém estreita relação com o princípio da autonomia da vontade, que também, deve existir na seara do direito familiar.

Inobstante todas as assertivas acerca do direito à liberdade, não se pode tratar de tal direito sem remeter a Immanuel Kant, que apresenta a liberdade como a grande fonte das determinações humanas, tanto morais como políticas.

Para Kant, a liberdade não se limita ao indivíduo e nem mesmo à sua conduta individual, ele adota a ideia de liberdade compatibilizada, ou seja, a liberdade de um indivíduo não pode interferir na liberdade dos demais, já que todos os seres humanos são iguais e todos eles têm direito à liberdade.

De acordo com o pensamento Kantiano, haveria dois tipos de leis que delimitariam o exercício da liberdade: leis jurídicas, que se referem às ações externas e à legalidade de tais ações; e as leis éticas, que exigem que as próprias leis sejam o princípio de determinação das ações, e estas são as leis da moralidade. Para este filósofo, a delimitação da liberdade é necessária para a vida política.

Para Kant a liberdade dá origem a todos os demais direitos humanos (KANT, 2003, p. 83):

A liberdade, na medida em que pode coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que corresponde a todo homem em virtude de sua humanidade.

Essa concepção do direito à liberdade demonstra a importância do Estado garantir tal direito.

Diante do exposto, é possível afirmar que nos dias de hoje o direito à liberdade consiste na possibilidade de poder fazer, sem qualquer interferência, as próprias escolhas e projetos de vida, sob pena de se incorrer numa tutela excessivamente paternalista, característica de sistemas não democráticos.

O que se nota na ordem constitucional atual é que o Poder Constituinte dispensou tratamento ímpar aos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à liberdade, emprestando-lhes especial significado ao encaixá-los no início do texto da nossa Carta Magna. Além disso, a ideia de que tais direitos devem ter eficácia imediata demonstra que os órgãos estatais devem estar comprometidos com a sua guarda e com sua estrita observância.

No que se refere à liberdade, entendê-la como um fim em si só, constitui-se em interpretação equivocada. É necessário que ela seja entendida em conjunto com os demais direitos fundamentais. Daí a importância de existirem garantias mínimas, a fim de que o sujeito de direito tenha opções e condições de exercer seu poder de escolha, de modo a integrar sua personalidade.

4.3 O PRINCÍPIO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE COMO ESPÉCIE DO DIREITO À LIBERDADE

Como estudado no subcapítulo anterior, os princípios constitucionais transcendem a esfera constitucional e servem de embasamento para os diversos ramos jurídicos. Assim, a aplicação dos preceitos do direito civil deve se coadunar com a Constituição.

O direito à liberdade está previsto no Artigo 5º da Carta Maior de 1988, como já visto. Além disso, está amparado de modo geral na norma do art. 11 do Código Civil, que mesmo tendo dedicado aos direitos da personalidade um capítulo, pouco se debruçou sobre referida temática, não se arriscando a enumerá-los de forma taxativa prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes aos ser humano. Vejamos o que preceitua o Artigo 11 do Código Civil de 2002: Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são

intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (BRASIL, 2013)

A previsão do direito à liberdade tanto no âmbito civil, quanto no âmbito constitucional demonstra a importância dela como parâmetro para interpretação também no ramo do direito privado (BITTAR, 2003 *apud* VÍCOLA, 2010).

Uma das espécies do direito à liberdade, notadamente no direito civil, é a livre manifestação de vontade, que consiste na possibilidade de o indivíduo se autodeterminar, fazendo suas escolhas livremente e, feitas tais escolhas, valer-se de instrumentos, tais como os contratos e os testamentos, para expressar quais são suas vontades.

Incumbe ao ordenamento jurídico resguardar não só a liberdade e autonomia do indivíduo para fazer suas opções de vida, mas também criar instrumentos para expressar tais escolhas, atribuindo-lhes efetividade, pois de nada adiantaria conceder às pessoas o direito de escolha se a elas não é dado nenhum meio para representá-la. Daí a importância dos testamentos.

A sucessão testamentária visa sobretudo a resguardar a livre manifestação de vontade do testador, ela surgiu como uma alternativa àqueles que compartilham de planos de vida em comum, consistindo em uma solução para aqueles que pretendem deixar a integralidade ou parte de seu patrimônio àqueles de quem se espera continuarem a realizar os projetos de vida do *de cuius*.

Dessa forma, quanto aos bens que não constituem a legítima impera a livre manifestação de vontade do testador, que pode facilmente ser traduzida na liberdade de testar.

A concessão dessa liberdade não deixa de demonstrar a existência de uma preocupação com os projetos de vida da pessoa, que, tendo herdeiros necessários prefere àqueles que, muitas vezes, não lhes tem consanguinidade, mas com os quais estão intimamente ligados por laços de amizade e de afetividade. Com isso, arrisca-se a dizer que a sucessão testamentária seria uma manifestação do critério afetivo-convivencial.

Pode-se afirmar também que a faculdade de testar é a aplicação do próprio direito à liberdade surtindo efeitos no campo do direito sucessório, o que não é novidade trazida pelo Código Civil, pois a sucessão testamentária existe antes mesmo do Código Civil de 1916 (vide capítulo 2).

Assim é que a livre manifestação de vontade do testador, princípio implícito, norteador da sucessão testamentária, está intimamente ligada ao direito fundamental da liberdade, constitucionalmente consagrado pelo art.5º da Constituição Federal de 1988, bem como aos direitos de personalidade, dos quais trata o Artigo 11 do Código Civil.

A possibilidade de o indivíduo fazer suas opções de vida está intimamente ligada à formação da sua personalidade, constituindo elemento integrante da sua dignidade. A aceitação dessa ideia, da pessoa ligada à sua individualidade, à sua realização pessoal foi um dos fatores que levou a família a, gradativamente, vir se desvinculando tão somente do critério sanguíneo, passando-se a entendê-la como um grupo ligado pelo respeito, pelo amor, pela igualdade e pela solidariedade.

Entender a família como um instrumento de realização do indivíduo atenuou as diferenças existentes entre seus membros, reconhecendo-se a importância de se respeitar as diversas formas de pensamento dentro deste mesmo grupo, que deixou de ser orientado tão somente pelos ideais de um só indivíduo, o patriarca.

Diante desse contexto, a livre manifestação de vontade vem, cada vez mais, ganhando destaque, principalmente quando se pensa nela como uma espécie do direito à liberdade.

A mudança da concepção de família, diferente do que se imagina, surtiu efeitos não só no ramo do direito de família, mas também no direito sucessório, pois o indivíduo passou a se preocupar (ainda mais) não só com as pessoas com quem possui algum tipo de parentesco, mas também com aqueles a quem estão ligados por laços de afeto e de consideração.

Dessa forma, toda vez que se trata de questões envolvendo sucessão testamentária há que se levar em consideração o princípio da liberdade do testador, como expressão do respeito à sua dignidade.

5 O INSTITUTO LEGAL DO ROMPIMENTO DO TESTAMENTO

O instituto do rompimento de testamento foi consagrado pelo artigo 1973 do Código Civil de 2002.

Embora o Código Civil tenha dispensado um capítulo para tal instituto (Capítulo XIII), neste trabalho, iremos nos limitar ao estudo do Artigo 1973, uma vez que os demais artigos se restringem a determinar outra situação em que haverá o rompimento do testamento (Artigo 1974), além da hipótese de haver descendente sucessível; e a situação em que não haverá o rompimento (Artigo 1975). A leitura destes dois dispositivos é autoexplicativa, não se fazendo necessário, portanto, adentrar ao mérito de tais preceitos. Vejamos: Art. 1974- Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários. Art. 1975- Não se rompe o testamento, se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte.

Como afirmado, a abordagem do Artigo 1973 é suficiente para explicar em que consiste o rompimento do testamento, bastando saber que na hipótese de haver outros herdeiros necessários (Artigo 1845), além de descendentes, desconhecidos pelo *de cuius* o testamento também é rompido; e, em contrapartida, o testamento não se rompe, caso o testador tenha excluído ou deixado de contemplar seus herdeiros necessários no testamento, tendo resguardado a legítima e sabendo da existência dos mesmos.

Segundo o art. 1973, já citado, em havendo descendente sucessível ao testador, a sua disposição de última vontade deverá ser desconsiderada para fazer valer sua vontade presumida, que é a sucessão legítima, assim, todo o patrimônio do *de cuius* será transmitido ao herdeiro que sobreveio.

Dessa forma, apesar de o Código Civil resguardar os herdeiros necessários, o faz no tocante à legítima, configurada em metade do patrimônio, como prescrito pelo artigo 1789 do Código Civil. No entanto, o artigo 1973 do mesmo código, desconsiderando o fato de que é dada a possibilidade de o testador dispor de metade de seus bens, preceitua que, advindo descendente sucessível, romper-se-á o testamento em todas as suas disposições, como se o *de cuius* não tivesse feito testamento.

A intenção do legislador, ao criar tal instituto foi resguardar uma circunstância relevante que seria capaz de alterar a manifestação de vontade do testador. Circunstância esta que poderia ser o surgimento de um herdeiro necessário, como previsto no artigo 1973 do Código Civil.

A análise crítica do supracitado artigo é de fundamental importância, tendo em vista o fato de o Legislador ter resguardado ao autor da herança o direito de dispor livremente de metade de seus bens, instituindo duas formas de sucessão (legal e testamentária), que devem ser tratadas sem hierarquia.

No decorrer das pesquisas realizadas para a elaboração deste trabalho, verificou-se que a doutrina pátria aborda referido instituto de forma pouco crítica, restringindo-se apenas a explicar em que consiste o rompimento do testamento. Em decorrência disso é que se torna de suma importância fazer uma abordagem crítica acerca de tal instituto, levando-se em consideração os princípios norteadores da sucessão testamentária, sobretudo o princípio constitucional da liberdade.

Ao abordar o rompimento do testamento Gonçalves (2010, p. 456) afirmou:

Dá-se a ruptura do testamento nos casos em que há a superveniência de uma circunstância relevante, capaz de alterar a manifestação de vontade do testador, como, *verbi gratia*, o surgimento de um herdeiro necessário. O rompimento do testamento é, então, determinado pela lei, na presunção de que o testador não teria disposto de seus bens em testamento se soubesse da existência de tal herdeiro.

Acerca de tal instituto, Tartuce e Simão lecionam (2012, p.411-412):

Note-se que o rompimento significa a total desconsideração do conteúdo do testamento, como se nunca tivesse existido, razão pela qual o termo *revogação legal* exprime bem o alcance do instituto que ora se comenta. Vale dizer que o rompimento do testamento é também chamado de *revogação ficta* ou *presumida*. Nas hipóteses em questão, presume a lei que a vontade do testador seria a completa revogação do testamento como um todo, deixando a inteireza de seus bens para o filho que desconhecia quando testou, ou para aquele que reconheceu, adotou ou ainda que nasceu após o testamento ter sido feito.

O professor Nader (2010, p.442) conceitua o rompimento do testamento, apresentando a principal diferença entre este instituto e a revogação do testamento. Vejamos:

Conceitualmente diverso da revogação, mas produzindo iguais efeitos, é a figura jurídica do rompimento do testamento, também denominada *rupção* ou *ruptura*, regulada no conjunto dos arts. 1.973 *usque* 1.975, que praticamente reproduz as disposições do Código Beviláqua- arts. 1.750 a 1.752. A distinção básica entre os dois institutos reside no fato de que a revogação resulta de um ato de vontade do testador, enquanto o rompimento se verifica, em grande parte, por fato superveniente à declaração de última vontade. Conforme anotamos neste capítulo, alguns autores tratam esta causa de ineficácia testamentária por *revogação presumida, ficta ou legal*, dado que o legislador presume a não facção do testamento, pelo menos nos termos elaborados, caso o testador soubesse, por exemplo, da existência ou sobrevivência de descendente.

Pode-se observar, assim, que, mesmo os principais doutrinadores, quando tratam do tema, se restringem a explicá-lo tão somente à luz do que preceituam os artigos do Código Civil (artigos 1973-1975), que, por sinal praticamente reproduzem o que já previa o Código de 1916.

No que tange à Jurisprudência pátria, tem-se entendido pela aplicação do artigo 1973 do Código Civil de 2002, rompendo-se o testamento em todas as suas disposições em caso de superveniência de descendente sucessível desconhecido pelo testador. Segue a ementa de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

INVENTÁRIO. TESTAMENTO PÚBLICO. NASCIMENTO DE FILHO POSTERIOR À LAVRATURA DO TESTAMENTO. ROMPIMENTO. ADEQUAÇÃO CC 1973. INTELIGÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. - O nascimento da agravada ocorreu em momento posterior ao testamento e não é possível afirmar que tivesse o testador conhecimento da existência do nascituro. Assim, sobrevivendo descendente sucessível ao testador na linha do que dispõe o CC 1973 , rompe-se o testamento, o que se dá na sua integralidade. (SÃO PAULO, 2012)

No mesmo sentido está a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vejamos:

TESTAMENTO PÚBLICO. ROMPIMENTO. PROVA.- Sendo o testamento um negócio jurídico solene, deve observar todas as formalidades previstas na lei. Verifica-se o rompimento do testamento, quando o testador declara não possuir descendentes e, após o seu óbito, é reconhecida a sua paternidade em sede de ação investigatória. Inteligência do art. 1.973 do Código Civil. É roto também o testamento quando contém declaração falsa. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2012)

Pela leitura das decisões supracitadas pode-se verificar que os magistrados tem aplicado fidedignamente o que preceitua o Código Civil no que tange ao

rompimento do testamento. Tal posição em relação a tal instituto corrobora a tese de que o rompimento do testamento deve ser repensado à luz dos princípios norteadores da sucessão testamentária, em especial a livre manifestação de vontade do testador.

6 A UNIDADE E A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como já afirmado anteriormente, quando tratamos do processo de constitucionalização do direito civil, o Código Civil não mais se constitui como o núcleo das relações de direito privado. Isso aconteceu, a partir do momento em que se passou a considerar a unidade do sistema e a exigência de respeito à hierarquia das fontes normativas, que passaram a se concentrar na Constituição como uma base única dos princípios fundamentais do ordenamento.

A unidade do ordenamento jurídico tem como um de seus maiores expositores, se não o maior, o professor e filósofo Norberto Bobbio, que explica a unidade existente mesmo nos ordenamentos complexos (BOBBIO, 1997).

Para possibilitar o entendimento de tal afirmativa, Bobbio se baseia na teoria de Kelsen (BOBBIO, 1997, p. 49):

Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores.

Importa destacar que Bobbio defende a existência de uma estrutura hierárquica entre as normas de um ordenamento jurídico. Assim, as normas inferiores retiram sua validade das superiores, havendo, ainda, uma norma fundamental, que, segundo Norberto Bobbio, seria o termo unificador das normas componentes do ordenamento e não dependeria de nenhuma outra para ser dotada de validade.

Maria Celina B. Moraes consegue descrever muito bem a relação existente entre a Constituição e a norma fundamental (KELSEN, 1976, p.298 *apud* MORAES, 1993, p.4):

A relação entre a norma fundamental e a Constituição, quanto à questão do fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas objetivamente válidas, e, concomitantemente, coloca-o como a instância a que foi dada a legitimidade para “revalidar” a ordem jurídica.

Depreende-se do trecho supracitado que a Constituição não é a norma fundamental a que alude Bobbio, que assim descreve a norma fundamental (BOBBIO, 1997, p.59):

Note-se bem: a norma fundamental não é expressa, mas nós a pressupomos para fundar o sistema normativo. Para fundar o sistema normativo é necessária uma norma última, além da qual seria inútil ir. Todas as polêmicas sobre a norma fundamental resultam da não compreensão de sua função.

Entender o ordenamento jurídico como dotado de unidade importa em afirmar que os princípios e valores mais caros a uma sociedade se estendem a todas as suas normas.

Assim, como já afirmado neste trabalho, quando tratamos da constitucionalização do direito civil, os preceitos de todos os ramos do Direito devem ser conformados pelos princípios constitucionalmente consagrados (PERLINGIERI, 1980, p.680 e ss *apud* MORAES, 1993, p.6-7):

[...]Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de “despatrimonialização” do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

Maria Celina destaca que, em contrapartida, caso não haja uma interpretação das normas inferiores a partir das superiores, isso acabaria por conceber o ordenamento de outra forma. (SILVA, 1989, p. 107 *apud* MORAES, 1993, p.7):

Negar tal atitude hermenêutica significaria admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a tecido axiológico próprio, desprovido da unidade normativa, traduzindo-se em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional.

Portanto, além de fonte normativa para regular a relação Estado- indivíduo, as normas constitucionais constituem fonte para regras aplicáveis às relações entre entes privados.

Seguindo, ainda, a lição de Norberto Bobbio quanto ao ordenamento jurídico, é importante saber se além de constituir uma unidade, determinado ordenamento também se constitui em um sistema. De acordo com seus ensinamentos, para que se configure como um sistema, é necessário que as normas deste ordenamento, além de estarem em um relacionamento com um todo, devem guardar coerência entre si. (BOBBIO, 1997).

Ao iniciar a discussão sobre o ordenamento como sistema, Bobbio destaca que Kelsen distingue os sistemas como estáticos e dinâmicos. Nos sistemas estáticos, as normas estariam ligadas pelo conteúdo; e nos dinâmicos, haveria normas com ligação formal, hierarquia.

Pode ser que dentro de um mesmo ordenamento existam normas incompatíveis entre si. São as antinomias, que podem ocorrer da seguinte forma: a) uma norma ordena e outra norma proíbe; b) uma norma ordena e outra permite e c) uma norma proíbe e outra permite, sobre o mesmo conteúdo.

Como a antinomia constitui a existência de duas proposições incompatíveis, e como ambas não podem ser aplicadas, uma das normas deverá ser eliminada. Três são os critérios para eliminar as antinomias: a) cronológico – prevalece a norma posterior; b) critério hierárquico – prevalece a norma superior e c) critério da especialidade- prevalece a lei especial.

Pode ser que haja, ainda, conflito de critérios. Nesse caso, prevalece a especialidade, a hierarquia e por fim a cronologia. Inexistindo critério para resolver a antinomia, o juiz tem três possibilidades, elimina uma das normas, elimina as duas ou conserva as duas.

Bobbio salienta, que a coerência não é condição de validade, mas sempre condição para a justiça do ordenamento, uma vez que a aplicação de duas normas contraditórias gerará decisões distintas em casos semelhantes, além de desrespeitar um dos princípios considerados importantes para os ordenamentos jurídicos: o princípio da certeza e o princípio da justiça.

Aplicando os ensinamentos de Bobbio na questão do rompimento do testamento, seria possível afirmar que o texto do artigo 1973, como está escrito,

guarda grave incoerência com o artigo 1789 do Código Civil, que resguarda aos herdeiros necessários a metade do patrimônio do autor da herança, facultando-lhe dispor da outra metade como queira.

Seria oportuno ressaltar que o que determina o artigo 1973 não guarda nenhuma coerência com a sucessão testamentária, regida pelo princípio da livre manifestação do testador.

Além do mais, ao se entender o Código Civil como um conjunto de normas que extraem sua validade da Constituição Federal, que contém as normas hierarquicamente superiores do ordenamento jurídico, estando em condição de inferioridade apenas em relação à norma fundamental, poder-se-ia afirmar que o instituto que ora se critica não se reporta ao princípio da liberdade, o que estaria por ferir a unidade do sistema.

Destarte, com se não bastasse a incoerência do instituto do rompimento do testamento em relação à sucessão testamentária, pode-se observar que referido instituto viola um direito constitucionalmente consagrado, qual seja, a liberdade.

8 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi aqui exposto, o que se pode verificar é que apesar de todas as transformações sofridas pela sociedade, o atual Código Civil continuou a reproduzir dispositivos que não mais se adéquam ao atual contexto social.

Durante muito tempo a família foi entendida como um conjunto de pessoas unidas por laços sanguíneos e coordenada pelo patriarca, que determinava o destino de cada um de seus integrantes.

Todavia, nos dias de hoje essa ideia vem sendo abandonada. Passou-se a entender a família como uma comunidade solidário-afetiva, atentando-se para a dignidade de cada um de seus membros, considerados iguais. Entende-se a família como um conjunto de pessoas ligadas pelo afeto e pelo respeito, onde cada um de seus integrantes é livre para fazer suas próprias escolhas. Isso demonstra que se passou a dar mais importância para o indivíduo do que para a família como instituto (SAMPAIO, 2009).

Além disso, o direito constitucional deixou de ser visto somente nas relações entre o Estado e o particular, passando a interferir também nas relações privadas. Com isso, houve uma crescente preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais também no ramo do direito civil.

Entretanto, mesmo diante de todas essas mudanças de pensamento, o legislador civil ficou-se inerte no que tange a alguns aspectos do direito sucessório. Notadamente no que se refere ao instituto do rompimento do testamento.

Como já afirmado, ao se entender o ordenamento jurídico como dotado de unidade, como bem destacou Norberto Bobbio, há que existir obediência das normas inferiores às normas superiores, pois existe hierarquia entre elas. Assim, um preceito instituído pelo Código Civil, não pode ser contrário a uma norma constitucional.

Aplicando esta ideia ao tema ora estudado, o que é possível notar é que o art.1973 viola o princípio da liberdade como um direito constitucionalmente consagrado no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

O Código Civil, adotando uma posição intermediária, para resguardar tanto os herdeiros legítimos quanto a manifestação de vontade do testador, instituiu duas formas de sucessão, que devem ser tratadas com igualdade.

No entanto, ao instituir o rompimento do testamento, o legislador civil feriu essa igualdade, atribuindo mais importância à sucessão legítima, em detrimento da testamentária.

Norberto Bobbio leciona, ainda que para ser considerado um sistema, o ordenamento deve ser constituído por normas que guardem coerência entre si, ou seja, as antinomias devem ser evitadas e, caso existam, devem ser eliminadas.

Assim, levando-se em consideração as lições de BOBBIO, esse instituto acaba ferindo, além da unidade, a coerência do ordenamento jurídico, pois, apesar de o legislador permitir ao testador dispor da metade de seus bens, ele revoga automaticamente a manifestação de vontade do de cujus, nas hipóteses enumeradas pelos artigos 1973 e 1974 do Código Civil.

Destarte, haveria uma antinomia entre o princípio implícito da livre manifestação de vontade, que rege a sucessão testamentária e o instituto do rompimento do testamento. Haveria uma incoerência entre eles.

Diante disso, a solução a ser adotada para que essa incoerência seja desfeita é que os aplicadores do direito façam uma interpretação do artigo 1973 condizente com a atual conjuntura social, pois pessoas não legitimadas pelos atuais critérios fixados pelo Código, mas que mantenham laços de amor e respeito com o autor da herança, em razão do critério afetivo-convivencial, deveriam também ser consideradas.

O que deve ser levado em consideração é que quando o legislador elaborou referido dispositivo, havia um contexto completamente distinto do atual, em que os valores a serem resguardados pouco se assemelhavam aos preconizados hoje em dia. Diante disso, não é possível que hoje sejam tomadas decisões sobre o curso da vida das pessoas com base em critérios ultrapassados e discriminatórios, como o sanguíneo ou o biológico, pois, dentre outros fatores, há que se levar em consideração os planos de vida elaborados pelo autor da herança.

A falta de atenção do legislador civil de 2002, que se restringiu a transcrever o artigo do Código de 1916, permanecendo alheio às mudanças ocorridas na sociedade, não pode servir como desculpa aos profissionais do direito para

continuarem aplicando o art.1973 do Código Civil sem nenhuma ressalva, em estrito cumprimento à forma legalista.

É preciso que essas novas situações fáticas sejam apreciadas em detrimento do estrito cumprimento da lei, devendo os operadores do direito, ao lidar com as situações descritas nos artigos 1973 e 1974, buscar no interior do ordenamento pátrio, através de um processo de interpretação sistemática, uma solução compatível com a coerência e a unidade do ordenamento jurídico, pois a aplicação do instituto do rompimento como é feita atualmente constitui uma afronta à noção de unidade e coerência proposta por BOBBIO.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 set. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Direito das Sucessões**, 4. ed, São Paulo: Saraiva 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Sucessório Brasileiro: Ontem, hoje e amanhã**. Disponível em: <www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Giselda/Direito.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2012.

_____. **Direito das Sucessões brasileiro- disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida na regra estampada na nova Legislação Civil Pátria, o Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/692/538>. Acesso em: 14 fev. 2013.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO 2003.

LEITE, Gisele. **Primeiras linhas de Direito das Sucessões**. Disponível em: <www.direitonet.com.br/textos>. Acesso em: 7 jun.2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

MADALENO, Rolf . **Testamento, testemunhas e testamentário: uma brecha para a fraude**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/350>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais. A questão das dimensões ou gerações de direitos**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31715-36510-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

MENDES, Gilmar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 21 fev.2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>>.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil- Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Testamento público. Rompimento. Prova. Apelação Cível Nº.70045211042. Neli Maria Teixeira Mesa e outros, e Espólio de Anderson Centena Ferreira. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ, 02 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2012.

SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. **Reflexões acerca da incidência dos princípios da liberdade individual e da solidariedade social nas relações familiares**. Disponível em: <www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/11/11_2_kelly.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Inventário. Testamento público. Nascimento de filho posterior à lavratura do testamento. Rompimento. Adequação CC 1973. Inteligência. Recurso improvido Agravo de Instrumento Nº.0011712-70.2012.8.26.0000. Ricardo Fanganiello e Rúbia Cristina Alves Fanganiello. Relator: Desembargador Jesus Lofrano. DJ, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6000516&vICaptcha=PtkBY>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. 5. ed, São Paulo: Método 2012.

VÍCOLA, Nivaldo Sebastião. **O direito à liberdade**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/RMDIR/article/view/99/96>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, César Leandro de Almeida; POLI, Leonardo Macedo. **As Consequências Jurídicas dos Testamentos Invalidados e Ineficazes: Abordando a Nulidade, a Anulabilidade, a Revogação, a Rompimento e a Caducidade**. Disponível em: <www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/1985/1253>. Acesso em: 2 jun 2012.