

# SUPREMACIA DO TESTAMENTO E AUTONOMIA DA ÚLTIMA VONTADE VERSUS DISCRIMINAÇÃO: UMA AULA DE DIREITOS HUMANOS

## WILL SUPREMACY AND LAST WILL AUTONOMY VERSUS DISCRIMINATION: UMA AULA DE DIREITOS HUMANOS

Carina Barbosa Gouvêa<sup>1</sup>

Doutora em Direito

Universidade Federal de Pernambuco - PE/Brasil

**Resumo:**As questões debatidas no presente artigo são o testamento, a autonomia da última vontade, a discriminação e os direitos fundamentais/humanos, e esses assuntos vêm a representar uma vocalização de representação coletiva. Pois problemáticas como: A supremacia do testamento e a autonomia da última vontade têm prevalência sobre os direitos fundamentais e humanos? Ou seja, é possível anular ou romper um testamento por discriminação e em confronto com a legislação? As netas(os) fruto de relação não marital possuem os mesmos direitos, inclusive para fins sucessórios, das netas(os) advindas das relações maritais? Estas questões são relevantes do ponto de vista social e jurídico e transcendem ao interesse subjetivo das partes. O objetivo deste artigo é o de contribuir para a persecução da unidade do direito no estado constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas que envolvem a coerência das normas jurídicas ao texto constitucional.

**Palavras chaves:** Direito Internacional, Direitos Fundamentais, Direito Civil.

**Abstract:** The issues discussed in this article are will, autonomy of the last will, discrimination and fundamental / human rights, and these issues come to represent a vocalization of collective representation. For problems such as: Does the supremacy of the will and the autonomy of the last will prevail over fundamental and human rights? In other words, is it possible to annul or break a will due to discrimination and in conflict with the law? Do granddaughters fruit of a non-marital relationship have the same rights, including for succession purposes, as granddaughters from marital relations? These issues are relevant from a social and legal point of view and transcend the parties' subjective

---

1 - Estágio Pós Doutoral UFPE; Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UNESA; Professora Pesquisadora I da UFRPE; Professora da FACIPE/PE; Pesquisadora dos Grupos de Pesquisas: Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional (NPJuris/UNESA-RJ); Laboratório de Estudos Comparados Latino Americano e Europeu (CECLAE); Membro do *Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability* (UVA/RJ). E-mail: carinagouvêa25@gmail.com

interest. The objective of this article is to contribute to the pursuit of the unity of law in the Brazilian Constitutional State, making compatible or developing solutions to problems that involve the coherence of legal norms to the constitutional text.

**Keywords:** International Law, Fundamental Rights, Civil Law.

## INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos (DH) no Brasil assumiram uma centralidade no ordenamento jurídico, cuja consequência é a aceitação da vinculação de todos os poderes públicos e agentes privados ao conteúdo desses direitos<sup>2</sup>.

Desta forma, em um caso concreto, deve ser estabelecido se determinada norma a ser aplicada está em simetria com os direitos humanos. Isso significa que esta “interpretação conforme os direitos humanos” é consequência da “interpretação conforme à Constituição”<sup>3</sup>.

Esta técnica<sup>45</sup> comporta alguns núcleos semânticos, ou seja, possui conteúdo polissêmico e plurissignificativo de aderência, a saber: respeito à expressão literal do texto legal e respeito ao fim buscado pelo legislador<sup>6</sup>; modalidade de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; atribuição de coerência da norma ou ato estatal da Constituição; inibição ou exclusão de interpretações que, por desconformidade à Constituição, conduzem a uma exegese divorciada do sentido autorizado pela Lei Fundamental. Sua principal função é preservar o que se revela compatível com a Constituição, suspendendo, em consequência, várias interpretações conflitantes com a ordem constitucional. Cabe ressaltar que a opção escolhida será aquela que permita uma sincronia mais intensa com a norma constitucional<sup>7</sup>.

No caso da “interpretação conforme os direitos humanos”, deve o intérprete escolher, quando a norma impugnada admite várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com os direitos humanos<sup>8</sup>. O objetivo

2 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.102.

3 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.102.

4 - Voto do Ministro Celso de Mello, ADPF 187.

5 - A interpretação conforme à Constituição, ao contrário do que pode fazer supor seu nome, não constitui método de interpretação, mas técnica de controle de constitucionalidade. (SARLET, Ingo. W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1210.)

6 - SARLET, Ingo. W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1211.)

7 - AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Forense, 2007 p.567.

8 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.102.

é influir em todo o Direito e nos atos dos agentes públicos e privados, concretizando seu efeito irradiante que os transformam no centro dos valores do ordenamento.

### 1 ENTROSAMENTO DOS DIREITOS INTERNO E INTERNACIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO

No que tange ao direito interno e ao direito internacional, devem caminhar em sintonia: como os Tratados sobre os DH têm objeto e fins próprios, para que tais direitos se materializem na jurisdição interna dos Estados que aderem a tais tratados, um sistema de direitos no Estado Democrático deve ser interpretado de tal modo que alcance completude e permaneça em movimento por meio das fontes de retroalimentação - a interna de cada Estado e a internacional<sup>9</sup>.

Assim sendo, o aplicador, seja ele executivo, legislativo ou judiciário, deve, desde já, aplicar o direito internacional e supranacional dos direitos humanos.

Nesse caso, todo o conjunto de direitos deve ser levado em consideração e, por isso, são considerados *prima facie*, eis que a dignidade humana deve ser assegurada em uma “constante busca de harmonia na aplicação prática dos direitos humanos. Que se irradiam por todo o ordenamento e orientam as ações no ambiente público e privado”<sup>10</sup>.

Para Ramos, essa técnica ganha importância por dois elementos chaves: a superioridade normativa, pois não há outras normas superiores nas quais possa o intérprete buscar auxílio; e na força expansiva, fazendo com que todas as facetas da vida social sejam atingidas pelos direitos humanos. Essa função, por conseguinte, busca materializar os direitos humanos por meio de um procedimento fundamentado, com argumentos racionais e embasados, que poderão ser coerentemente repetidos em situações idênticas, gerando previsibilidade jurídica e evitando o arbítrio e decisionismo do intérprete-juiz<sup>11</sup>.

Assim, a técnica é uma atividade de cunho constitutivo - constrói a norma a ser aplicada no caso concreto - e não meramente declaratório<sup>12</sup>, a partir

9 - MATA, Alfonso Chacón. Apuntes de hermenéutica interpretativa em materia de derechos humanos. *Revista Judicial*, Costa Rica, nº 118 enero, 2016, p.33-60,p. 45.

10 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.103.

11 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.105.

12 - A interpretação no Estado Democrático de Direito não comporta mais a interpretação a partir da subsunção mecânica dos juizes que os transformam na “boca da lei”. Esta expressão francesa (*bouche de la loi*), originalmente cunhada no século XIX, retratava o receio de que os juizes subtraíssem, pela via da

da combinação entre o texto normativo e os dados da realidade que incidem sobre este texto<sup>13</sup>. E esse papel foi assumido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em seus precedentes<sup>14</sup>.

A Constituição Federal de 1988, efetivamente uma carta de cunho transformativo<sup>15</sup>, e o critério da máxima efetividade dos direitos humanos exigem que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito de seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em colisão<sup>16</sup>. Além disso, conduz à “aplicabilidade” integral desses direitos, uma vez que todos os seus comandos são vinculantes. Implica, ainda, segundo Ramos, a aplicação direta e imediata, pela qual os Direitos Humanos previstos na Constituição e nos Tratados possam incidir prontamente nos casos concretos.<sup>17</sup>

Conexo, encontra-se o critério da interpretação *pro homine*, que implica em reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação, ao caso concreto, na exigência da adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo<sup>18 19</sup> - ou seja, para o destinatário da proteção.

Esse princípio possui variantes essenciais: atua como diretriz de preferência das normas e de proteção do ser humano. A Corte Interamericana de Direitos Humanos aceitou essa interpretação ao pronunciar-se sobre o artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>20</sup> - “*debe prevalecer la norma*

---

interpretação, o poder de criação de normas do legislativo. (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.104).

13 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.104.

14 - Cita-se como exemplo, ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011.

15 - O constitucionalismo de transformação diz respeito ao conteúdo substantivo da proposta de constitucionalismo manifestada em um texto que pretende ser o motor de alteração de uma realidade social. Tem incidência no progresso da democracia, caracterizado por ser um processo dinâmico e expansivo. (GOUVÊA, Carina Barbosa. *As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos Estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 78.)

16 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.108.

17 - NUNES, CRP (Claudia Ribeiro Pereira Nunes). *History Process of Constitutionalizing Private Law and Its Reflection in Contractual Relationship*. Publication on 2006/7/13. Available at SSRN 2217046, 2006.

18 - RAMOS, Op. Cit, 2017, p.108.

19 - Neste mesmo sentido, SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. In: CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.331-360.

20 - Corte IDH, “Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A No. 13, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. párrafo 50; Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares. Serie C No. 61, Sentencia de 18 de noviembre de 1999. párrafo 37.

*más favorable a la persona humana*”<sup>21</sup>. No âmbito do direito internacional dos DH importa ter em conta uma regra que está orientada a privilegiar, preferir, selecionar, favorecer, tutelar e, portanto, a adotar a aplicação da norma que melhor proteja os direitos fundamentais do ser humano<sup>22</sup>.

Diferentes exemplos efetivam essa postura interpretativa como, por exemplo, o artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos<sup>23</sup>; o artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher<sup>24</sup>; o artigo 41 da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente<sup>25</sup>; e o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>26</sup>, todos incorporados no universo normativo brasileiro.

Para o STF<sup>27</sup>, essa é, também, a posição dominante:

**“HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia**

21 - Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Serie A No. 18, Opinión Consultiva OC- 18/03 de 17 de septiembre de 2003. párrafo 21.

22 - MATA, Alfonso Chacón. Apuntes de hermenêutica interpretativa en materia de derechos humanos. *Revista Judicial*, Costa Rica, nº 118 enero, 2016, p.33-60,p. 49.

23 - Incorporado no Brasil por meio do Decreto nº 591 de 1992. “Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas”.

24 - Incorporado no Brasil por meio do Decreto Nº 4.377 de 2002. “Nada do disposto nesta Convenção prejudicará qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que seja contida na legislação de um Estado-Parte ou em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado”.

25 - Incorporado no Brasil por meio do Decreto Nº 99.710 de 1990. “Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado”.

26 - Incorporado no Brasil por meio do Decreto Nº 678 de 1992. “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

27 - HC 91361, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-03 PP-00430 RTJ VOL-00208-03 PP-01120.



o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.” (*grifo nosso*)

Essa construção interpretativa também serve de base para que outras jurisdições nacionais usem esses instrumentos para fundamentar e realçar a defesa desses interesses a favor do ser humano<sup>28</sup>. Para esses efeitos, segundo Mata, o entendimento é que o princípio com o qual se instrumentaliza a favor do ser humano busca protegê-lo de todas aquelas atuações e interpretações normativas que tendam a lesionar sua dignidade, integridade e restrições a benefícios pessoais.

Desta forma, pode-se concluir que: os DH, a partir da Constituição de 1988, assumiram a centralidade do ordenamento jurídico brasileiro; toda norma produzida no âmbito interno deve guardar simetria com os DH; a interpretação conforme os DH e *pro homine* tem o intuito de preservar os direitos do ser humano, da coerência e da integridade do texto constitucional.

## 2 A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 possui poucos artigos que tratam do processo de formação e incorporação dos Tratados de Direitos Humanos<sup>29</sup>. Entre 1988 e 2008, o STF<sup>30</sup> decidiu a favor da tese de que os tratados de direitos humanos teriam a mesma hierarquia dos demais tratados, ou seja, considerados equivalentes à lei ordinária federal. Para Ramos, o caso paradigmático da prisão civil do depositário infiel é exemplar. No julgamento, o Supremo decidiu que a Convenção Americana de Direitos Humanos teria estatuto de lei ordinária federal e, logo, deveria ser subordinada ao texto constitucional brasileiro.

28 - MATA, Alfonso Chacón. Apuntes de hermenêutica interpretativa en materia de derechos humanos. *Revista Judicial*, Costa Rica, nº 118 enero, 2016, p.33-60,p. 50.

29 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.472.

30 - HC 72131, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, DJ 01-08-2003 pp-00103 EMENT VOL-02117-40 PP-08650.

A emenda constitucional 45, de 2004, trouxe à Constituição a “Teoria do Duplo Estatuto dos Tratados de Direitos Humanos”<sup>31</sup>, ou seja, teriam natureza constitucional os tratados aprovados pelo rito do § 3º do artigo 5º da referida emenda e natureza supralegal todos os demais. Essas alterações motivaram o STF à revisão do seu posicionamento sobre a hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil. No julgamento do RE 466.343<sup>32</sup>, a maioria dos votos sustentou novo patamar normativo para esses tratados.

Cabe lembrar que o STF enfatizou que a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, ficou ainda mais difícil defender a tese de que os tratados poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre os direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

E, nesse sentido, o STF, com a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos internos e internacional, tornou imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica nacional.

Por fim, revelou o STF que é necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. Passagem essa bem enfatizada por Cançado Trindade<sup>33</sup>: “a tendência constitucional contemporânea de

31 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.478.

32 - RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 public 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ vol-00210-02 pp-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

33 - CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Editora Fabris, 2003, p.515.

dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar a posição central”.

Por conseguinte, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Além disso, devido ao caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem a sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 1857 do Código Civil (Lei 10.406/2002) relativa à sucessão testamentária, cuja liberdade de testar não é absoluta.

Temos assim sistematizados<sup>34</sup>:

- a. As leis, inclusive as leis complementares, e os atos normativos são válidos se forem compatíveis, simultaneamente, com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados;
- b. Cabe ao poder judiciário, também, realizar o chamado controle de convencionalidade nacional das leis, utilizando os tratados de direitos humanos como parâmetro supralegal ou mesmo equivalente à emenda constitucional;
- c. Os Tratados incorporados pelo rito especial previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal passam a integrar o bloco de constitucionalidade restrita, podendo servir de parâmetro para avaliar a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional qualquer.

Assim, no atual sistema normativo brasileiro, esses tratados abrem oportunidade ao controle difuso e ao exercício desse controle da compatibilidade das normas internas com as convencionais, o que é um dever do juiz nacional.<sup>35</sup>

Superada essa questão, passamos a analisar o tópico seguinte que tratará

34 - RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.479.

35 - MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão Geral. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MIDIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1335.



sobre a positivação de um Estado Democrático de Direito que resulta em um Direito Civil renovado com as aspirações de reposição do sujeito no centro protetivo do ordenamento.

### 2.1 O Código Civil é a Verdadeira Constituição do indivíduo

A luta pelo direito pode ser considerada, ao longo dos séculos, como uma luta pela liberdade. Segundo Aronne<sup>36</sup>, para evitar a concretização dessa liberdade, chegou-se a construir, no transcurso dessa Modernidade, muralhas e grilhões hermenêuticos, como o da Escola da Exegese, vestida em ditos arcaicos como a crença em uma democracia fruto da aplicação inflexível da lei.

O decorrer do tempo possibilitou refinar esta leitura, tendo em vista que a concretização dos direitos fundamentais na aplicação da norma civil passou a redesenhar a jurisprudência da última década do século XX, de modo a relativizar as titularidades, outrora absolutas; a ressignificar o trânsito jurídico, outrora intangível; e a primar pela afetividade dos projetos parentais, na família eudomonista, outrora patriarcal e hierarquizada<sup>37</sup>.

Com a Constituição de 1988, uma revolução se pôs em curso no Direito Civil Brasileiro<sup>38</sup>. A chegada da democracia no Brasil deu origem ao Estado Social e Democrático Nacional, ou seja, novos atores atuando em novos roteiros epistemológicos.

Assim, segundo Aronne, o trânsito jurídico, os projetos parentais, como o direito das sucessões e as titularidades de apropriação, foram sendo reconstruídos pela jurisprudência e doutrina mais arejada a par do núcleo constitucional redivivo em novos moldes axiológicos. Inicia-se a marcha da repersonalização, da despatrimonialização do Direito.

Foi a partir da metade da década que findou o século XX que a família, o contrato e as titularidades eram significantes que ostentavam novos significados, cuja fisionomia e silhueta ainda continuariam a ser transformadas.

Fora do palco da codificação, as categorias fundamentais do Direito Civil passam a ser repensadas, tendo se exaurido o fôlego de sua teoria

36 - ARONNE, Ricardo. Por um Direito Civil- Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Estudos de Direito Civil Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 11-15.

37 - Vide item 36.

38 - ARONNE, Ricardo. Titularidades e apropriação no novo Código Civil Brasileiro - breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 215-220; ARONNE, Ricardo. Código Civil Anotado. São Paulo: Thomson.

clássica, ainda presente, infelizmente, nos manuais, substanciada por uma Jurisprudência dos Conceitos<sup>39</sup>, fantasiosa e egocentrista<sup>40</sup>.

De acordo com Aronne, um novo Direito Civil que encontra a sociedade não se faz meramente em Códigos, mas é fruto de uma reconstrução epistemológica, capitaneada pela jurisprudência mais compromissada. E isso importa em uma ruptura material, de compromissos, com a proposição tradicional do Direito Civil.

Pela análise do Direito Civil, em bases teóricas diversas, frutifica a busca de uma compreensão metodológica adequada que ampare a empreitada do civilista na sua tarefa interpretativa, rompendo com a ideologia conservadora da civilística tradicional (manutenção do *status quo*)<sup>41</sup>. Este redirecionamento não fundamenta uma perda da racionalidade e sim aponta um novo patamar de racionalidade, imbricado com sua interpretação constitucionalizada<sup>42</sup>.

Trata-se de repensar ínsito voltado à própria teoria da normatividade, em face da regulação constitucional das relações interprivadas, como esteio axiológico que emoldura a sistematização interprivada, trazendo-lhe novos contornos valorativos, não impressos pelos conceitos e sim pela Lei Maior, que a fundamenta.<sup>43</sup>

Contrariar esse repensar, pelo apego ao conceitualismo, resulta na ineficácia dos mecanismos do sistema, uma vez que o instrumental clássico não é apto para a compreensão das bases ou possibilidades de um sistema axiológico e tampouco apto a operar com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>44</sup>.

O sistema pátrio é construído a partir de valores como a igualdade, a solidariedade, a liberdade, a fraternidade, o pluralismo e o bem comum - esses pilares estão previstos no preâmbulo da Constituição de 1988<sup>45</sup>. Como

39 - A Pandectista, a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Conceitos e a Escola da Exegese, que formaram a base metodológica da civilística clássica. Para o Direito Privado, o centro do sistema jurídico estava localizado no Código Civil, cumprindo à Constituição a tarefa de organizar o Estado e defender o cidadão. Esta visão, para Aronne, mostra-se solipsista, em face de sua visão de liberdade meramente formal, traduzindo uma visão egoística do Direito, conceber o Código Civil como a verdadeira Constituição do homem privado.

40 - Vide item 36.

41 - Vide item 36.

42 - MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre: o Tribunal, nº 30, p.21-34, 1988, p.27.

43 - Vide item 36.

44 - Vide item 36.

45 - NUNES, CRP (Claudia Ribeiro Pereira Nunes). History Process of Constitutionalisation Private Law and Its

princípios vinculantes, não só ao Estado como também aos destinatários da ordem jurídica, que se desvenda através de princípios, tais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a função social da propriedade, as regras do Direito Privado passam a receber um novo conteúdo e a expressar um novo sentido<sup>46</sup>.

Convém mencionar que a mudança ocorrida em todo o Direito Civil é interna e não externa. Assim, segundo Aronne, o patamar em que se há de perseguir a coerência não é formal, e sim material no que tange ao alinhamento teológico do conteúdo axiológico renovado que a legislação civil recebeu. Justamente na forma como se positiva o sistema, emanando de sua base formativa precípua, é que a Constituição Federal, aqui como princípios e valores<sup>47</sup>, vem trazer uma feição completamente distinta ao Direito Civil, comparativamente àquele forjado no período liberal, erigido sobre os pilares da família, sucessões, titularidades e contratos a partir de uma dicotomia entre o público e o privado.

Neste sentido, a autonomia da vontade, a liberdade individual e a propriedade privada transmigraram dos fundamentos teóricos e ideológicos do Estado Liberal para os princípios de direito, com pretensão à universalidade e à intemporalidade<sup>48</sup>

Esta superação do ideário oitocentista implica que tenha o intérprete noção da matéria prima com a qual trabalha, cujo estado da arte da ciência do Direito conduz à assumida recusa do modelo clássico - de subsunção formal e abstrata - cuja regência conceitualista refuta o essencial substancialismo do Direito, em prejuízo do ser humano e do próprio mundo que o cerca<sup>49</sup>.

O sistema jurídico deve ser compreendido dialogicamente pelo intérprete, ciente de sua abertura e teleologismo axiológico. Para Aronne, a malha jurídica se constitui não só de regras, como também de princípios e valores que se hierarquizam axiologicamente na tópica incidência. Por exemplo, na positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, no grau de princípio fundamental, as normas dos direitos das sucessões passam a receber o seu influxo, migrando para uma nova dimensão finalística. O sujeito

---

Reflection in Contractual Relationship. Publication on 2006/7/13. Available at SSRN 2217046, 2006.

46 - Vide item 36.

47 - MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo: RT, n° 65, p.21-32, 1992, p. 24.

48 - LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n° 722, 1995, p.41.

49 - Vide item 36.

intersubjetivamente considerado, no meio à interação social, por imposição do ordenamento, retoma o centro protetivo do direito.

Sendo o sistema normativo brasileiro uma rede aberta, tópica e axiologicamente hierarquizada de regras e princípios - entende-se como mais apropriado que se conceitue o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente na Constituição<sup>50</sup> - o método histórico de interpretação, próprio da Pandectista, há de sofrer natural relativização com a possibilidade de uma reestruturação interna dos institutos do Direito Privado.

## 2.2 A Unidade Material do Sistema Normativo

Em razão da unidade material do sistema, cada norma topicamente aplicada não o é em isolado - ela se revela no todo, teleologicamente orientada aos casos concretos<sup>51</sup>. Segue Aronne nos informando que a hierarquização axiológica do sistema é tópica, de modo que uma mesma regra poderá traduzir conteúdos distintos do tecido axiológico normativo em casos distintos. No mesmo sentido, Canaris<sup>52</sup> afirma que as considerações críticas feitas até agora facultaram também as bases para o desenvolvimento de um conceito de sistema que esteja apto para captar a adequação interior e a unidade da ordem jurídica.

Não há como seccionar o Direito Civil do todo, imprimindo-lhe uma racionalidade própria, em prol de uma autonomia reducionista. Há que se ressaltar que a teoria da normatividade contemporânea, reafirmadora dos direitos fundamentais e publicizadora dos interesses interprivatísticos, é seara fértil para a demonstração ora referida, como causa vulneradora de conservadorismos que ainda amealham seguidores nas correntes manualísticas<sup>53</sup>.

Há ainda muitos mestres, magistrados e advogados que raciocinam nos

50 - FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.40.

51 - Vide item 36.

52 - CANARIS. Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 66.

53 - Vide item 36.

termos (positivistas) da jurisprudência dos conceitos, porém a aceitação das novas ideias é cada vez maior<sup>54</sup>.

Os valores e os princípios constitucionais, desse modo, alimentam o Código e a legislação esparsa preexistente, que se reestruturam a partir deles ou são retirados do ordenamento. Dessa compreensão constitucionalizada do ordenamento jurídico, ascende o sujeito enquanto ser humano ao centro protetivo do Direito - por força do conteúdo axiológico concretizado nas normas que o integram - retomando a necessária instrumentalidade social perdida na virtualização da pessoa obrada pela Jurisprudência dos Conceitos<sup>55</sup>.

Soma-se a tudo isso o fato de que tampouco se trata de modificação legislativa - no sentido estrito do termo - e sim principiológica. O “tudo” ou “nada” caracteriza, segundo Dworkin<sup>56</sup>, a tese positivista sobre o caráter das normas que ele tanto combate. Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas<sup>57</sup>.

Esses elementos do sistema - regras e princípios - são vinculantes, justamente por serem percebidos como integrantes da ordem jurídica, sem que a ciência jurídica abra mão do reconhecimento de suas diferenças e complexidades.

Para Pasqualini<sup>58</sup>, os princípios, normas e valores alimentam diferentes leituras e sistematizações, mas são, também eles, em sinergia com a cultura humanístico-jurídica, os que mais auxiliam no desafio de decifrar o melhor sentido. O intérprete na multifecundidade dos significados, descobre a pluridesigualdade das interpretações, cujo necessário esforço de hierarquização, ultrapassando as escolhas politicamente arbitrárias, convoca o auxílio integrativo das linhas axiológicas do ordenamento jurídico. O Direito não deve e não precisa, na sua aberta unidade sistemática, abdicar do que possui de melhor.

A malha jurídica perfaz um sistema à medida em que todos os seus

54 - NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.38.

55 - Vide item 36.

56 - DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel Derecho, 1985, p. 53-54.

57 - BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.232.

58 - PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.24-26.



componentes se comunicam, de modo a que um ganhe sentido no outro - a partir dos valores que o integram<sup>59</sup>.

A visão que ora se propõe está para além de leituras formais do “fenômeno da constitucionalização” do Direito Civil. Desta forma, as normas passam a integrar o sistema em um processo de densificação gradual que parte de princípios abstratos até chegar às normas individuais reguladoras dos casos concretos.

Em apartada síntese, podemos dizer que os valores antecedem o conteúdo normativo e são fundamentos da ordem jurídica, como é o caso do preâmbulo da Constituição Brasileira. Eles vão influenciar o sentido das normas de conteúdo mais concreto, como por exemplo, as que regulam o direito sucessório e se intensificam em princípios.

Já os princípios possuem inúmeros graus de densificação e são estruturantes do sistema jurídico. O princípio estruturante, enfeixador dos valores constitucionalmente garantidos, densifica-se em princípios fundamentais, que se reforçam em princípios gerais, passando-se aos especiais, em seguida aos especialíssimos, que se concretizam em regras, que são ainda efetivadas em normas individuais<sup>60</sup>.

O princípio estruturante é a norma de maior abstração do ordenamento, o qual, no sistema vigente, se constitui na o princípio do Estado Democrático de Direito, aqui percebido no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no preâmbulo e *caput* do artigo 1º da Constituição, diretamente decorrente dos valores positivados e enfeixador da integralidade dos mesmos, que haverão de se especificar no curso da concretização normativa - o nascedouro normativo da ordem jurídica.

Os princípios fundamentais são normas fundantes da ordem jurídica, explicitadoras da senda constitucional desveladora da ordem jurídica estruturada. Observam-se princípios como a dignidade da pessoa humana, o acesso a uma ordem jurídica justa, a reserva legal, dentre tantos que se revelam a partir dos princípios estruturantes.

Os princípios gerais densificam os fundamentais, decorrendo dos mesmos a fim de concretizá-los, na gradual perda de abstração. Aqui se observam princípios como a liberdade, a igualdade, a publicidade e a inafastabilidade.

Os princípios especiais, no mesmo sentido, explicitam os anteriores para áreas específicas do direito, como é o caso dos princípios da anterioridade,

59 - Vide item 36.

60 - Vide item 36.

da transparência, da liberdade para contratar, da autonomia da vontade, entre tantos.

Os princípios especialíssimos são, juntamente com os especiais, espécies de cláusulas gerais, porém de maior densidade, quase na concretude de regras; também voltados para áreas próprias, porém alcançando os demais por sua porosidade, abstração, multifuncionalidade e forma de incidência. Vejam-se, por exemplo, a vulnerabilidade do consumidor, a igualdade entre os cônjuges, a garantia à herança, a não lesividade da execução, a elasticidade e a fungibilidade dos recursos, etc.

E, por fim, as regras são as normas de direito positivo (no sentido estrito) de maior concretude, regulando condutas, fatos ou atos específicos, de incidência explícita, como formas registrares, capacidade, prazos, exemplificativamente.

As normas individuais são as disposições jurisprudenciais e contratuais, reguladoras específicas de casos concretos, do que lhes advém a condição de fonte formal e material do direito.

Compreende-se, por conseguinte, a noção de unidade axiológica do sistema jurídico, visto que as normas ganham seu esclarecimento umas nas outras, de modo que o todo é maior que a soma das partes, inviabilizando a compreensão do sistema em fatias, por implicar em redução do próprio ordenamento<sup>61</sup>.

Para essa materialização, tomam-se como exemplo as regras acerca do testamento em geral, concretizadoras do princípio da garantia à herança, densificante do princípio da autonomia da vontade, que decorre do princípio da liberdade, que, por sua vez, é concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>62</sup>.

O sistema somente ganha sentido teleológico, na incidência tópica, conforme os valores emergentes do caso concreto. Poderá o princípio da garantia à herança relativizar o da autonomia da vontade, com vistas à revisão do testamento, em caso da constatação de desequilíbrio.

A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas ante a luz do inteiro ordenamento jurídico e, em particular, de seus princípios

61 - Vide item 36.

62 - ARONE, Ricardo. Em defesa dos princípios: sistema jurídico, direito privado e existencialismo. In: DINIZ, João Janguê Bezerra; RIBEIRO, Marcelo (Coord.) Constituição, processo e cidadania. Brasília: Gomes e Oliveira, 2014, p. 207-243.

fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam<sup>63</sup>.

Pensar principiologicamente dentro do sistema jurídico é alinhar segurança à justiça social, passível de percepção intersubjetiva na dialética normativo-axiológica do sistema. Este sentido diferido para a espécie de normas, princípios e regras, não é somente semântico, possui incidência normativa diferente.

Finalmente, conclui-se que ao interpretar uma regra deve-se fazê-lo em consonância com os princípios, axiologicamente hierarquizados, na orientação teleológica traçada pelos valores do sistema, na resolução dos casos concretos. E por quê?

- a. Os princípios darão os sentidos para as regras, a otimização e a forma de aplicação ou mesmo de incidência;
- b. Uma interpretação “fechada” mostra-se antropofágica por sua rápida inadequação social que conduz à inaplicabilidade à luz da instrumentalidade que deve guardar o Direito;
- c. O princípio afasta eventual subjetivismo do intérprete, eis que o vincula não à sua ideia do que é ou não correto, e sim à do sistema;
- d. Traduz a *ratio iuris* do ordenamento jurídico, que não implica dogmatismo ou conceitualismos, e sim referenciais axiológicos do sistema, evitando possíveis arbítrios do intérprete;
- e. Uma regra deve ser lida à luz dos princípios que concretiza, constituindo-se uma de suas funções intrínsecas a densificação dos princípios.

O conteúdo principiológico que fundamenta a República Federativa do Brasil, em face da moldura constitucional, resulta em um Direito Civil renovado com as aspirações de reposição do sujeito no centro protetivo do ordenamento<sup>64</sup>.

Passaremos a analisar o tópico seguinte que adentrará no campo do direito sucessório, mais precisamente do testamento, para demonstrar que nesse campo a liberdade de testar não é absoluta, uma vez que a autonomia da última vontade deve estar alinhada à coerência do texto constitucional e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

### 3 A Prevalência dos Direitos Humanos e Fundamentais

63 - PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 5.

64 - Vide item 36.

A temática que envolve os núcleos essenciais da supremacia do testamento e a autonomia da última vontade *versus* discriminação vem tomando um contorno de importância no cenário do constitucionalismo cooperado e já alcança uma pluralidade de sentidos, tendo em vista os pontos e debates que convergem para uma resposta voltada para uma racionalidade interpretativa mais alinhada com os direitos humanos.

Essa integração obtém respaldo nas palavras de Peter Habermas<sup>65</sup>, onde a ideia do constitucionalismo cooperado encontra sua identificação também no direito internacional, ao qual estão intrinsecamente ligadas as normas supranacionais com as internacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade, assim como no campo da solidariedade. Assim, entende-se que as relações de cooperação compreenderão a efetiva ligação entre Estados Constitucionais da qual compartilharão, em diálogos recíprocos, a possibilidade de negociação e aprendizagens mútuas<sup>66</sup>.

O Supremo Tribunal Federal<sup>67</sup> destaca a cooperação constitucional como sendo de suma importância, servindo como um intercâmbio de experiências e informação, com a finalidade de reforçar os sistemas constitucionais mediante a reafirmação de postulados partilhados, dando uma melhor resposta às crescentes exigências dos cidadãos dos diferentes países no âmbito da Justiça Constitucional.

O diálogo constitucional transnacional pode ocorrer de várias maneiras, dentre elas aquela já mencionada por Afonso da Silva<sup>68</sup>, a migração de ideias constitucionais. Refere-se aos “movimentos entre os sistemas, evidentes ou velados, episódicos ou incrementais, planejados ou envolvidos, iniciados pelo doador ou pelo receptor, relativos a doutrinas substantivas ou a desenho institucional (...)”.

Dessa forma, o que importa é o livre comércio de experiências, de ideias, de teorias, critérios ou consensos internacionais. E a integração que decorre desta migração, ocorre no nível da argumentação e pode operar horizontalmente

65 - HABERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p. 14.

66 - GOUVÊA, Carina Barbosa. Direitos humanos e identidade cultural: Corte Constitucional Colombiana, uma lição através do caminho da equidade e da democracia. In: DINIZ, João Janguê; RIBEIRO, Marcelo. *Constituição, processo e cidadania*. Brasília: Gomes e Oliveira, 2014, p. 173-205, p. 192.

67 - CONFERÊNCIA IBEROAMERICANA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, VII, 2010, Mérida, Yucatan, México. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfCooperacaoInternacional&pagina=Conferencialberoamericana>>. Acesso em 25 de julho de 2010.

68 - AFONSO DA SILVA, Virgílio. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.515-530, p. 515-518.

entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional<sup>69</sup>.

Assim sendo, inobstante os objetivos e as preocupações comuns que encontram guarita nas Cortes Constitucionais e nas Cortes Regionais de Direitos Humanos, a importância das relações de cooperação traduz, também, significativa expressão quando possibilita a aplicação dos parâmetros e fundamentações das decisões, do que poderá permitir avançar para efetivar os direitos fundamentais e humanos<sup>70</sup>.

E por estes motivos, a experiência inédita e histórica canadense, a seguir exposta, abre caminho para abraçarmos um novo parâmetro de fundamentação a ser observado na liberdade de testar e a autonomia da última vontade.

Em recente decisão, um juiz de Newmarket<sup>71</sup>, Ontário, uma das províncias do Canadá, tomou uma decisão legal histórica em 29 de janeiro de 2015<sup>72</sup>, ao anular a última vontade do testamento de um homem - *Spence v. MBO TrustCompany (2016 ONCA 196)* - porque seus pretextos no leito de morte eram abertamente racistas. Este foi o primeiro exemplo, reconhecido na jurisdição canadense, cuja alegação ofendeu a “política pública” em se tratando de discriminação.

Segundo o Código de Direitos Humanos do Canadá, de 1981, violar a política pública significa ir em sentido contrário aos valores sociais que demarcam a sociedade canadense.

A principal autoridade na doutrina de políticas públicas é o caso *Canada Trustco v. Ontario, 1990 CanLII 6849 (ON CA)*. Assim, segundo a decisão, violar uma disposição de última vontade é dar um passo muito sério, eis que existe o perigo de o juiz impor seus próprios valores. No entanto, há casos em que, com base na “política pública”, os interesses da sociedade

69 - GOUVÊA, Carina Barbosa; GALDINO, José Lucas. O manejo da Oficina anticorrupção no direito comparado: uma poderosa ferramenta para o controle da corrupção. *RSDA*, nº 141, Setembro/2017, p. 105-124, p. 194.

70 - GOUVÊA, Carina Barbosa. Direitos humanos e identidade cultural: Corte Constitucional Colombiana, uma lição através do caminho da equidade e da democracia. In: DINIZ, João Janguê; RIBEIRO, Marcelo. *Constituição, processo e cidadania*. Brasília: Gomes e Oliveira, 2014, p. 173-205, p. 192.

71 - GERSON, Jen. Judge rejects Ontario man's racist will that disinherited daughter for having “bastard” white son. *National Post*. Pub. 29 jan 2015. Disponível em <<https://nationalpost.com/news/canada/judge-rejects-ontario-mans-racist-will-that-disinherited-daughter-for-having-bastard-white-son>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

72 - GOUVÊA, Carina Barbosa. Supremacia do Testamento e autonomia da última vontade x racismo: a prevalência dos direitos fundamentais. *Academia.edu*. Disponível em <[https://www.academia.edu/10711300/Supremacia\\_do\\_Testamento\\_e\\_autonomia\\_da\\_%C3%BAltima\\_vontade\\_x\\_racismo\\_a\\_preval%C3%Aancia\\_dos\\_direitos\\_fundamentais\\_uma\\_decis%C3%A3o\\_in%C3%A9dita\\_da\\_Corte\\_Canadensehttps://www.academia.edu/10711300/Supremacia\\_do\\_Testamento\\_e\\_autonomia\\_da\\_%C3%BAltima\\_vontade\\_x\\_racismo\\_a\\_preval%C3%Aancia\\_dos\\_direitos\\_fundamentais\\_uma\\_decis%C3%A3o\\_in%C3%A9dita\\_da\\_Corte\\_Canadense](https://www.academia.edu/10711300/Supremacia_do_Testamento_e_autonomia_da_%C3%BAltima_vontade_x_racismo_a_preval%C3%Aancia_dos_direitos_fundamentais_uma_decis%C3%A3o_in%C3%A9dita_da_Corte_Canadensehttps://www.academia.edu/10711300/Supremacia_do_Testamento_e_autonomia_da_%C3%BAltima_vontade_x_racismo_a_preval%C3%Aancia_dos_direitos_fundamentais_uma_decis%C3%A3o_in%C3%A9dita_da_Corte_Canadense)>



exigem essa intervenção. Por exemplo, a liberdade de um proprietário de dispor de sua propriedade, ou seja, a forma como se escolhe fazer essa oferta é de interesse social e está firmemente enraizada em diversos dispositivos normativos e deve ser limitada no caso de violação à política pública.

Assim, a disposição e a forma de deliberar testamentária devem atender a alguns pressupostos fundamentais e devem ser analisadas como um todo. Exemplificando, ficou decidido que quando um documento (testamento) estabelecer uma premissa (“*trust*”) baseada em noções que evocam o racismo e a superioridade religiosa, isso contraria a política pública. Estabelecer que o conceito de que qualquer raça ou religião é intrinsecamente melhor que a outra está patentemente em desacordo com os princípios democráticos que governam a sociedade pluralista, onde os direitos de igualdade são constitucionalmente garantidos e nos quais a herança multicultural dos canadenses deve ser preservada e aprimorada. Desta forma, perpetuar uma *trust* que impõe critérios restritivos com base em noções discriminatórias não está condizente com o interesse público.

A liberdade de dispor de sua propriedade moldada ao longo dessas linhas deve dar lugar aos princípios atuais de política pública sob os quais as raças e religiões devem ser tratadas em pé de igualdade e de igual respeito. Existem precedentes anteriores, onde testamentos foram anulados ao tentarem conceder bens póstumos a entidades ou organizações que os juízes canadenses tenham considerado contrárias às políticas públicas. Por exemplo, um Tribunal de Nova Brunswick violou a autonomia da última vontade de um testador - colecionador de moedas - que deixou sua fortuna para um grupo neonazista de West Virginia.

O case *Spence v. MBO Trust Company* representou uma abertura a uma discussão complexa e que representa a proteção dos direitos fundamentais e humanos do sujeito na relação testamentária quando o testamento invoca claramente princípios discriminatórios.

A liberdade de um testador de distribuir sua propriedade e como ele escolhe fazer essa distribuição é um ato jurídico protegido pela lei. Dessa forma, a autonomia da última vontade e a liberdade de testar constituem importante princípio e não devem sofrer intervenção, a não ser na medida em que o sistema dos princípios do direito assim o exija. Um exemplo é a provisão adequada, justa e equitativa para os cônjuges, filhos e netos dos testadores. Dessa maneira, a autonomia testamentária está limitada pelos

direitos e garantias fundamentais, significando que esses fundamentos impõem obrigações ao testador.

Daí a necessidade de se compatibilizar a liberdade de testar e a autonomia da última vontade ao caso concreto. Em muitos casos, há diversas formas de dividir os ativos que podem ser consideradas adequadas, justas e equitativas. Haverá uma ampla gama de opções, sendo que qualquer uma delas pode ser apropriada na circunstância do caso concreto. Desde que o testador tenha escolhido uma opção dentro desta faixa, a vontade não deve sofrer intervenção. Somente quando o testador tiver escolhido uma opção que esteja abaixo desse nível, definido pelas condições da unidade material do sistema normativo, o juiz deve intervir, de modo a atingir a justiça que o testador não contemplou.

Não obstante a natureza robusta da liberdade testamentária e suas salutares dimensões de interesse social, os tribunais de apelação canadenses reconhecem que esse não é um direito absoluto. Além dos limites impostos pela lei, ela também pode ser limitada por considerações de políticas públicas, já citadas acima. Portanto, as estipulações discriminatórias devem ser levadas em consideração e são nulas se contrariarem essas políticas.

Como a igualdade racial está firmemente incorporada na política pública do Canadá e a força destrutiva da discriminação é contrária a ela, o juiz, ao anular ou romper o testamento, não atua de forma “ativista” ou “solipsista” mas sim de modo a manter a coerência com os valores constitucionais e plurais que representam o país.

As normas de proteção contra a discriminação, seja em órbita nacional ou internacional, compõem o bloco material do sistema normativo que deve ser também levado em consideração. Assim sendo, os aspectos factuais e as evidências extrínsecas são especialmente significativos.

No Brasil, recentemente e pela primeira vez, caso similar ocorreu. A matéria foi escrita por Rover<sup>73</sup> onde o Juiz Milton Biangioni Furquim, de Guaxupé (Minas Gerais), determinou que duas netas fossem incluídas na partilha da avó, que tinha excluído ambas do testamento por serem fruto de relacionamentos não matrimoniais do pai. Para fins de maior compreensão, a testadora possui três filhos, sendo que: uma filha possui três filhos, frutos da relação marital; a segunda possui dois filhos, frutos da relação marital;

73 - ROVER, Tadeu. Por ver discriminação, juiz inclui netas de relação não matrimonial em testamento. *Consultor Jurídico*. Pub. 21 de fev de 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial>>. Acesso em 01 mar. 2018.

e o terceiro possui duas filhas, frutos de relações não maritais e com mães distintas. O testamento em questão contemplou todos os filhos e cinco netos da testadora, discriminando, inclusive, as frações destinadas a cada um. Porém, não foram contempladas as duas netas advindas de relação não marital.

O caso embrionário no Brasil acabou por causar um turbilhonamento de “emoções acadêmicas”, vez que a decisão inédita invocou, pela primeira vez, a possibilidade de ruptura da autonomia da última vontade baseada na discriminação.

Assim, de acordo com o juiz, ainda que a autora do testamento possa dispor livremente da parte disponível da herança, esse direito encontra limitações constitucionais, devendo o Poder Judiciário afastar esses abusos.

A última vontade da testadora, assim como todos os atos jurídicos, de esfera pública ou particular, devem ser compatíveis com os instrumentos normativos de hierarquia superior, podendo sofrer controle de legalidade, supra legalidade e/ou constitucionalidade.<sup>74</sup>

Para subsidiar a decisão, ao declarar o direito das netas excluídas de participarem da partilha, uma cadeia sistêmica de critérios argumentativos foi construída pelo juiz. Primeiramente, a decisão lembrou que a Carta Constitucional aboliu toda diferenciação entre filhos/netos legítimos, ilegítimos ou adotados, sem qualquer ressalva de situações preexistentes - não haveria discriminação se a avó tivesse aquinhoado terceiros ou apenas um ou dois entre tantos netos; no entanto, houve a disposição em favor de cinco dos sete netos, deixando de fora apenas duas netas concebidas por um de seus filhos em relação não marital, de forma indisfarçadamente discriminatória; invocou abuso do direito como ato atentatório à igualdade; a situação acabava por atentar contra a dignidade da pessoa humana das netas excluídas, além de desvirtuar o instituto do testamento para, por meio dele, dar vazão aos chamados planejamentos sucessórios; e, por fim, que o tratamento discriminatório contaminaria a igualdade familiar.<sup>75</sup>

É muito comum romper ou anular um testamento, quando este impõe condições ou estipulações que estão em desconformidade com a lei. Várias categorias podem ser citadas como exemplo: condições de restrições

74 - Ver nota 73.

75 - ROVER, Tadeu. Por ver discriminação, juiz inclui netas de relação não matrimonial em testamento. *Consultor Jurídico*. Pub. 21 de jul de 2018. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial>>. Acesso em 01 de agosto de 2018.

a casamento e aquelas que interferem nas relações conjugais; legados condicionados que buscam induzir o celibato ou a separação de casais casados; condições que interferem no cumprimento dos deveres parentais e prejudicam a relação entre pai e filhos (como: deserdando crianças se elas foram morar com o pai); condições que deserdam um beneficiário se ele mudar de religião ou filiação religiosa; condições que incitam o herdeiro a cometer um crime ou a praticar atos em desconformidade com a lei.

As características principais desses casos é que as condições impostas pelo testador exigem: que um beneficiário atue de forma a violar a lei ou a ordem pública, a fim de herdar sob o as condições do testamento; ou obriga os executores ou curadores da última vontade a agir de forma ilegal, com a finalidade de implementar as intenções do testador.

Mas pode haver interferência judicial em um testamento por motivos de discriminação?

O olhar para a definição desses sentidos é extremamente complexo, ressaltando que o principal foco está na dignidade daqueles que foram discriminados por liberalidade do testador.

As decisões acima mencionadas, sejam as canadenses ou a precursora na Brasil, são significativas em alguns aspectos: a moldura constitucional e de proteção à dignidade está no centro das decisões e estas estão sendo construídas de modo a reposicionarem o sujeito para o centro protetivo do ordenamento jurídico.

### 3.1 Análise do Caso Paradigmático Brasileiro

A liberdade de testar, a autonomia da vontade, a discriminação - esses conceitos abrem caminho para o repensar da coerência e integridade do sistema normativo brasileiro e merecem reflexão em vários aspectos. Por um lado, seu relacionamento com a natureza privada das disposições testamentárias, a liberdade de testar, a autonomia da vontade; por outro,, sua interação com a dignidade da pessoa humana, a proteção dos direitos fundamentais e humanos, e o conteúdo principiológico que fundamenta a República Federativa do Brasil.

O primeiro ponto a ser examinado é saber se cabe ao juiz, de forma subjetiva, substituir a intenção do testador alterando ou suprimindo sua vontade. Nesse sentido, podem a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos se manifestarem para justificar essa

interferência?

Vejamos: a Constituição Federal é clara quando se refere à igualdade e que todos têm direito a serem tratados como iguais, principalmente no que diz respeito à ação estatal, bens, instalações e também nas relações privadas.

As disposições testamentárias e seus núcleos como a liberdade de testar e a autonomia da última vontade, à luz do Direito Civil do século XIX, ainda atuante em manuais clássicos, incorporam o conceito de que o testador possa dispor incondicionalmente de seus bens e escolher seus beneficiários como desejar, ou seja, atuando com plenitude à sua autonomia da vontade, mesmo que por motivos discriminatórios.

Mas a leitura de tal conceito foi se tornando mais refinada fora do palco da codificação, como, por exemplo, nas palavras do Justice Galligan:

“é repugnante aos padrões da comunidade contemporânea que a desaprovação de ordem religiosa possa justificar o exercício da discricionariedade do testador; portanto, está decidido que é contra a política pública discriminar por motivos de raça ou religião”.

O que se pode concluir é que a capacidade testamentária tem seus núcleos de aderência e isso significa a liberdade e o direito de dispor de sua propriedade como bem entender. Esse exercício não está sujeito à supervisão de um Tribunal.

Ressalta-se que não estamos a tratar de intervenção judicial por “herdeiros desapontados” por terem sido deserdados em favor de um terceiro diferente e digno. A autonomia da vontade do testador é subsidiada robustamente pelo princípio da liberdade de testar e essa intervenção caracterizaria um ativismo judiciário negativo.

Mas o exercício do arbítrio ou abuso de poder do testador está sujeito ao controle do Estado e esse controle deve impedir o exercício discricionário do testador se este ofender a coerência do texto constitucional que fundamenta as bases no interesse social e de proteção do sujeito e de sua dignidade.

O segundo ponto de discussão está relacionado à liberdade de testar e à discriminação da testadora por não contemplar as respectivas netas, por serem fruto de relação não marital.

A decisão judicial enfatizou que o testamento foi confeccionado e a parte disponível da testadora foi dividida na mesma quantidade de filhos que a testadora possuía, ou seja, três. Foi observado, ainda, que em dois trechos



do testamento, a testadora utilizou a expressão “netos”, inclusive dando a impressão de que a contemplação testamentária se referia à totalidade dos netos da testadora, ou seja, os sete, o que não ocorreu. Foram contemplados somente cinco netos da testadora, advindos de relação matrimonial, ou seja, somente os netos legítimos. As duas netas “ilegítimas” foram excluídas do testamento.

A testadora viveu por cinquenta e seis anos sob a vigência do Código Civil de 1916, assim considerado a partir da “Jurisprudência dos Conceitos”, a “Constituição” das relações privadas. Para o Código Civil de 1916, os filhos legítimos eram aqueles frutos da constância do casamento. Para esse Código, havia a impossibilidade de reconhecimento de filhos incestuosos ou adulterinos, conforme disposto no artigo 358 do mesmo Código. Nesse sentido, o pai das netas excluídas, conforme mencionado pelas peças de defesa e contestação, não possuía a mesma vida regrada das irmãs, e sim uma “complexa conduta social”.

E está posto o cenário ao grande embate que vai conduzir à condução da racionalidade interpretativa.

A menção à entidade familiar, fruto da Constituição de 1988, é feita no sentido de núcleo familiar, ou seja, família no mais estrito sentido da palavra, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, dentro de uma perspectiva pluralista, de respeito à dignidade da pessoa humana, com o significado de unidade integrada pela possibilidade de manifestação de afeto, através da convivência, publicidade e estabilidade<sup>76</sup>. E essa estrutura contempla todos os filhos que concorrem em pé de igualdade. O texto constitucional nos diz que estão proibidas as discriminações, mesmo de designações, como por exemplo, de filho ilegítimo<sup>77</sup>.

Na perspectiva da família plural, a dimensão da lei de igualdade passa a governar as relações familiares e os papéis e funções são representados na mesma medida. Dessa forma, fica evidente que a lei de igualdade significa a ausência de tratamentos discriminatórios<sup>78</sup> e daí a literalidade do artigo 227 § 6<sup>o</sup><sup>79</sup> da Constituição Federal.

76 - ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. 2002. Disponível em <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/195.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/195.pdf)>. Acesso em 15 de junho de 2018.

77 - FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. 1999. Disponível em <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/233/395>>. Acesso em 15 de março de 2018.

78 - FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*. 1999. Disponível em <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/233/395>>. Acesso em 15 de março de 2018.

79 - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Para Fachin, o Código Civil, com a Constituição de 1988, perdeu seu papel central de regulação das relações familiares, que passou a ser exercido pela principiologia constitucional, pelos princípios da igualdade, da neutralidade, e de tantos outros que defluem do capítulo específico da família e de outras normas relevantes da Constituição. Nessa medida, a Constituição nos permite enxergar uma dimensão sociológica e plural de família pelo primado da igualdade.

Portanto, essa conjugação do *caput* do artigo 227<sup>80</sup> com o § 6º, segundo a decisão do juiz Milton Biagioni Furquim, traz a dimensão de que esses indivíduos, netos “ilegítimos”, crianças, adolescentes, jovens e filhos de qualquer espécie ou natureza, estão protegidos e não podem ser discriminados, seja de tratamento, de respeito e de dignidade, seja quanto aos seus direitos, inclusive patrimoniais, dispensados em detrimento de outros.

E essa determinação constitucional é garantista e reforçada também no plano infraconstitucional supralegal e internacional. Os instrumentos mencionados já se encontram incorporados no universo normativo brasileiro, senão vejamos:

- a. Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reafirma o princípio da não-discriminação em seu artigo VII<sup>81</sup>;
- b. Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 20<sup>82</sup>;
- c. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em seus artigos 2<sup>83</sup>, 26<sup>84</sup> e 23<sup>85</sup>;

---

80 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Redação dada pela Emenda Constitucional 65/2010.

81 - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

82 - Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

83 - Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

84 - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

85 - Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.

- d. Convenção sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher - a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade da pessoa humana. Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo, de acordo com seu artigo 16 alínea f<sup>86</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, é possível sustentar que o ato de liberalidade do testador encontra-se limitado e que não é mais possível, dentro desta concepção, a manutenção de argumentos rígidos e impenetráveis, como “os não contemplados em testamento não têm moralmente e nem por direito a possibilidade de exigir atos de liberalidade”.

Segundo o juiz Milton Biagioni Furquim, tivesse a testadora aquinhoado terceiros, ou apenas um ou dois entre seus tantos netos, nem se poderia cogitar da aplicação da tese da discriminação, pois, então, a escolha estaria despida da discriminação de que se cogita na espécie. No entanto, tendo havido a disposição testamentária em favor e em benefício dos cinco dos sete netos, o princípio constitucional e internacional que impede a discriminação dos filhos/netos excluídos encontra guarida.

Indagação interessante foi realizada pelo juiz prolator da sentença: pode ser considerada moral e juridicamente válida disposição testamentária eivada dessa discriminação, vedada pela ordem constitucional e supralegal brasileira? Isso porque tal disposição contempla uns netos (cinco) em detrimento de outros (dois) - mulheres e frutos da relação não matrimonial.

Na elaboração da disposição testamentária, embora faça alusão “a todos os netos”, na literalidade e assim transcrito “para seus netos” (p. 152), não representa na realidade “todos os netos”, mas somente os filhos de relação matrimonial. Aqui, entendido pelo juiz Milton Biagini Furquim, de “forma indisfarçadamente discriminatória”, concluindo que o direito não tolera o abuso<sup>87</sup>.

86 - Os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos, ou institutos análogos, quando esses conceitos existirem na legislação nacional. Em todos os casos os interesses dos filhos serão a consideração primordial.

87 - Para a leitura completa da sentença, acessar < <https://www.conjur.com.br/dl/processo-testamento-guaxupe.pdf>>.

Por outro lado, expõe o julgador que a faculdade de confecção de um testamento não é livre e incondicional, até mesmo pela própria lógica estrutural normativa brasileira, de que as normas de hierarquia inferior devem ser compatíveis com as normas de hierarquia superior: assim, as normas do Código Civil devem ser harmoniosas entre si e com as normas constitucionais, tema já discutido no tópico dois.

Portanto, pode-se concluir que a liberdade de testar e a autonomia da última vontade, a partir da leitura da Constituição garantista, devem estar condicionadas e limitadas à dignidade da pessoa humana, à isonomia, e à isonomia entre os filhos/netos. O valor dimensionado de proteção maior é o de não discriminação entre filhos/netos - este valor é humano, acima de tudo.

É inconteste que a análise factual deve ser examinada pelos elementos intrínsecos e extrínsecos que revestem o caso concreto. Não se está aqui a sugerir a validade e legitimidade de ativismos judiciais, mas que, ao interpretar uma regra, o juiz deve fazê-lo em consonância com os princípios, axiologicamente hierarquizados, na orientação teleológica traçada pelos valores do sistema constitucional, na resolução do caso concreto. Essa construção é imperativa para fundamentar e realçar a defesa dos interesses a favor do ser humano, da coerência e da integridade do texto constitucional.

As experiências aqui retratadas abrem caminho para a compreensão de um novo sentido, que deve servir também como parâmetro de fundamentação, seja na constituição teórico-abstrata da liberdade de testar e na autonomia da última vontade, seja na materialização dessas liberdades.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Forense, 2007.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.515-530.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. 2002. Disponível em <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/195.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/195.pdf)>. Acesso em 15 de junho de 2018.

ARONNE, Ricardo. **Titularidades e apropriação no novo Código Civil**

**Brasileiro - breve ensaio sobre a posse e sua natureza.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 215-220; ARONNE, Ricardo. **Código Civil Anotado.** São Paulo: Thomson.

\_\_\_\_\_. **Por um Direito Civil- Constitucional.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) **Estudos de Direito Civil Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Em defesa dos princípios: sistema jurídico, direito privado e existencialismo.** In: DINIZ, João Janguê Bezerra; RIBEIRO, Marcelo (Coord.) **Constituição, processo e cidadania.** Brasília: Gomes e Oliveira, 2014, p. 207-243.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANARIS. **Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito.** Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Editora Fabris, 2003.

CONFERÊNCIA IBEROAMERICANA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, VII, 2010, Mérida, Yucatan, México. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=sobreStfCooperacaoInternacional&pagina=Conferencialberoamericana>. Acesso em 25 de julho de 2010.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio.** Madrid: Ariel Derecho, 1985.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família.* 1999. Disponível em <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/233/395>. Acesso em 15 de março de 2018.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

HABERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

GERSON, Jen. **Judge rejects Ontario man's racist will that disinherited daughter for having "bastard" white son.** *National Post.* Pub. 29 jan 2015. Disponível em <https://nationalpost.com/news/canada/judge-rejects-ontario-mans-racist-will-that-disinherited-daughter-for-having-bastard-white-son>. Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **Direitos humanos e identidade cultural: Corte**



Constitucional Colombiana, uma lição através do caminho da equidade e da democracia. In: DINIZ, João Janguê; RIBEIRO, Marcelo. *Constituição, processo e cidadania*. Brasília: Gomes e Oliveira, 2014, p. 173-205, p. 192.

\_\_\_\_\_. **Supremacia do Testamento e autonomia da última vontade x racismo: a prevalência dos direitos fundamentais.** *Academia.edu*. Disponível em <[https://www.academia.edu/10711300/Supremacia\\_do\\_Testamento\\_e\\_autonomia\\_da\\_%C3%BAltima\\_vontade\\_x\\_racismo\\_a\\_preval%C3%Aancia\\_dos\\_direitos\\_fundamentais\\_uma\\_decis%C3%A3o\\_in%C3%A9dita\\_da\\_Corte\\_Canadense](https://www.academia.edu/10711300/Supremacia_do_Testamento_e_autonomia_da_%C3%BAltima_vontade_x_racismo_a_preval%C3%Aancia_dos_direitos_fundamentais_uma_decis%C3%A3o_in%C3%A9dita_da_Corte_Canadense)>

\_\_\_\_\_. **As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos Estados em transição política: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática.** Curitiba: Juruá, 2016, p. 78.

\_\_\_\_\_; GALDINO, José Lucas. **O manejo da Oficina anticorrupção no direito comparado: uma poderosa ferramenta para o controle da corrupção.** *RSDA*, nº 141, Setembro/2017, p. 105-124, p. 194.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Contrato e mudança social.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, nº 722, 1995, p.41.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Repercussão Geral.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MIDIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MATA, Alfonso Chacón. **Apuntes de hermenéutica interpretativa em materia de derechos humanos.** *Revista Judicial*, Costa Rica, nº 118 enero, 2016, p.33-60,p. 45.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais e interpretação constitucional.** *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre: o Tribunal, nº 30, p.21-34, 1988.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional.** *Revista de Direito Civil*, São Paulo: RT, nº 65, p.21-32, 1992.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, CRP (Claudia Ribeiro Pereira Nunes). **History Process of Constitutionalizing Private Law and Its Reflection in Contractual Relationship.** Publication on

2006/7/13. Available at SSRN 2217046, 2006.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROVER, Tadeu. **Por ver discriminação, juiz inclui netas de relação não matrimonial em testamento**. *Consultor Jurídico*. Pub. 21 de fev. de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/testamento-nao-discriminar-netos-relacao-nao-matrimonial>>. Acesso em 01 de mar. de 2018.

SARLET, Ingo. W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, Reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. In: CLEVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo W.; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Recebido em: 03.01.2018

Revisado em: 15.04.2018

Aprovado em: 25.05.2018