

## A inconstitucionalidade da interpretação restritiva à previsão testamentária para filho ainda não concebido (\*)

The unconstitutionality of the restrictive interpretation to testamentary prevision for child still not designed

La inconstitucionalidad de la interpretación restrictiva a la previsión testamentaria para el hijo aún no concebido

Luana Senhor Soares<sup>1</sup>

Daury Cesar Fabríz<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Introdução. **1.** A autonomia do testador: reflexo legal, jurisprudencial e doutrinário. **2.** Entre a autonomia do testador, a igualdade e a liberdade familiar. **3.** Força normativa dos princípios constitucionais: o neoconstitucionalismo no direito infraconstitucional. – Considerações Finais. – Referências bibliográficas.

**Resumo:** O art. 1799, inc. I, do CC/2002 traz uma exceção à regra sucessória, uma vez que faculta ao autor do testamento incluir como herdeiro testamentário pessoa ainda não concebida ao tempo da abertura da sucessão. Na tentativa de pacificar o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro quanto à interpretação de o que poderia se interpretar por “filho ainda não concebido”, foi aprovado o Enunciado nº 268 do CJF na III Jornada de Direito Civil, do qual se depreende que o autor

---

(\*) Recibido: 18/10/2020 | Aceptado: 04/12/2020 | Publicación en línea: 01/01/2021.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

<sup>1</sup> Pós-graduanda em Direito Processual Civil na Damásio-IBEMEC. Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). RG 3166469/ES. CPF 134.391.057-92.  
[luanasrsoares@gmail.com](mailto:luanasrsoares@gmail.com)

<sup>2</sup> Orientador do presente trabalho. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela FD/UFMG. Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor do PPGDIR/FDV. Bacharel em Direito pela Universidade de Vila Velha (UVV). Graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos.  
[daury@terra.com.br](mailto:daury@terra.com.br)

do testamento pode distinguir a origem do filho da pessoa indicada e que a interpretação da cláusula específica de deixa para herdeiro ainda não concebido deve ser interpretada restritamente. Ocorre que, com o advento da CRFB/1988, princípios como o da igualdade entre os filhos e da autonomia familiar foram inseridos, de modo que deve ser feita uma ponderação destes com o princípio da autonomia da vontade do testador. Nesse sentido, assim como todos os demais ramos do Direito, também o Direito Sucessório deve ser aplicado a partir das lentes constitucionais, sendo indevido e incoerente o texto do enunciado 268 do CJF, uma vez que permite a discriminação entre filhos a partir de sua origem, o que não respeita os princípios da isonomia dos filhos e da autonomia familiar.

**Palavras-chave:** Filho ainda não concebido, Enunciado 268 do CJF, Neoconstitucionalismo, Autonomia da vontade, Igualdade entre filhos, Autonomia familiar.

**Abstract:** The article 1799, item I, of the Civil Code of 2002 makes an exception to the rule of succession, since it allows the author of the will to include as a testamentary heir a person not yet conceived at the time of the opening of the succession. In an attempt to pacify the Brazilian doctrinal and jurisprudential understanding of the interpretation of the term "child not yet conceived" of the above device, the CJF Statement n. 268 was approved at the Third Meeting of Civil Law, which shows that the author of the will distinguish the origin of the child from the person indicated and that the interpretation of the specific clause from leaves to heir not yet conceived should be interpreted strictly. However, with the advent of the Constitution of 1988, principles such as equality between children and family autonomy have been inserted, so that they should be weighed against the principle of the will of the testator. In this sense, just like all other branches of law, inheritance law must also be applied from constitutional lenses, since the text of sentence 268 is undue and incoherent, since it allows for discrimination between children from their origin, which does not respect the principles of the isonomy of children and family autonomy.

**Keywords:** Child not yet conceived, Statement n. 268 of CJF, Neoconstitucionalism, Autonomy of the will, Isonomy of children, Family autonomy.

**Resumen:** El art. 1799, inc. I del CC/2002 introduce una excepción a la regla de la sucesión, ya que permite al autor del testamento incluir como heredero testamentario a una persona no concebida aún en el momento de la apertura de la sucesión. En un intento de pacificar el entendimiento doctrinario y jurisprudencial brasileño en cuanto a la interpretación de lo que podría entenderse como "niño aún no concebido", se aprobó en la III Jornada de Derecho Civil el Enunciado n. 268 de la CJF, del cual se infiere que el autor del testamento puede distinguir el origen del niño de la persona indicada y que la interpretación de la cláusula específica de dejar para el heredero aún no concebido debe ser interpretada restrictivamente. Ocorre que con el advenimiento del CRFB/1988, se han insertado principios como la igualdad entre los hijos y la autonomía familiar, por lo que deben sopesarse con el principio de autonomía de la voluntad del testador. En este sentido, al igual que en todas las demás ramas del Derecho, la Ley de Sucesiones también debe aplicarse desde los lentes constitucionales, siendo indebido e incoherente el texto del enunciado 268 del CJF, ya que permite la discriminación entre los hijos

desde su origen, lo que no respeta los principios de la isonomía de los hijos y la autonomía familiar.

**Palabras clave:** Hijo aún no concebido, Enunciado 268 del CJF, Neoconstitucionalismo, Autonomía de la voluntad, Igualdad entre hijos, Autonomía familiar.

---

## Introdução

O presente estudo traz três importantes princípios constitucionais para o direito de família e também para a seara sucessória: o da autonomia da vontade, o da igualdade entre os filhos e o da liberdade e autonomia da comunhão familiar, com o objetivo de abordar tema derivado do enunciado 268 do Conselho da Justiça Federal (CJF). Esse enunciado prescreve a possibilidade do testador distinguir filho ainda não concebido de determinada pessoa de acordo com sua origem, sendo proibida a interpretação extensiva de cláusula testamentária.

Propaga-se, assim, noção ainda existente da legislação civil de 1916, que, anterior à Constituição Cidadã de 1988 e conceitualmente patriarcal, machista e canônica, discriminava os filhos de acordo com a sua origem, estabelecendo diferentes efeitos jurídicos familiares e sucessórios entre eles.

Por meio da análise dos princípios supramencionados, busca-se demonstrar que o texto e a interpretação apresentada pelo enunciado do CJF não são cabíveis no atual contexto jurídico brasileiro, o qual não procura acentuar as diferenças e sim promover a maior igualdade possível.

### 1. A autonomia do testador: reflexo legal, jurisprudencial e doutrinário

Tem-se como herdeiro testamentário aquela pessoa indicada pelo falecido em testamento. Nada obsta que os herdeiros legais também sejam testamentários, porém, além das pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1798 do CC/02 – regra geral), também podem ser chamados a suceder aquelas indicadas no art. 1799 do mesmo *códex*: os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador (desde que vivas essas no momento de abertura da sucessão) e as pessoas jurídicas. Tem-se, então, na sucessão testamentária, uma ampliação do rol de legitimados a suceder.<sup>3</sup>

Trata o inciso I do art. 1799 de uma exceção, uma vez que, *a priori*, requer-se que “o herdeiro sucessível exista no momento da abertura da sucessão, para que

---

<sup>3</sup> SOUZA, Osni de. MACHADO, Costa. *Artigo 1799 do CC/02*. In: CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008. P. 1411

alguém assuma a posição jurídico-econômica do *de cuius*, ingressando nas relações jurídicas de que ele participava”<sup>4</sup>.

No que concerne aos filhos ainda não concebidos ao tempo da abertura da sucessão, durante a vigência do diploma civilista de 1916, discutia-se qual seria “a titularidade do direito enquanto não nascido o herdeiro contemplado, e o prazo de eficácia do testamento”<sup>5</sup>. O Código Civil de 2002 solucionou ambas preocupações ao dispor no artigo 1800 que “no caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz”, ou seja, diz o *caput* que competirá a curador, nomeado pelo juiz da vara de sucessões onde tramita do inventário, a administração da herança deixada ao sucessor esperado. Nos parágrafos, traz diretrizes sobre quem pode exercer a curatela (§1º), bem como os poderes, deveres e responsabilidades do curador (§2º).

Cabe ressaltar que se trata de um direito em expectativa, visto que a transmissão dos bens ao herdeiro (além dos frutos e rendimentos) depende do seu nascimento com vida, conforme §3º do art. 1800 do CC/02.

Nessa esteira, prevenido é o legislador ao fixar limite temporal para a concepção desse herdeiro: dois anos contados da abertura da sucessão (§4º). Cabe frisar aqui que a exigência é a concepção do referido filho dentro desse lapso temporal, porém, mesmo concebido dentro do prazo de dois anos da abertura da sucessão, o herdeiro tem que nascer com vida, caso contrário, os bens que lhe foram reservados passarão para outro herdeiro: à outra pessoa indicada pelo autor do testamento em caráter subsidiário, ou aos herdeiros necessários.<sup>6</sup>

É digna de nota, para o presente estudo, a observação de que, tendo o legislador privilegiado prole eventual de certa pessoa, mas se quando da abertura da sucessão essa pessoa indicada já tiver morrido, a disposição testamentária caduca.<sup>7</sup> Com a morte da pessoa indicada, a eventual concepção, por certo, se frustra.

Nesses termos, assim como já mencionado logo acima, não havendo o testador disposto substituição, a quota destinada ao concepturo passará a integrar a massa da herança que é devida aos herdeiros legítimos. Assim, “quando a prole eventual [leia-se filho ainda não concebido] não for mais possível, a verba testamentária é ineficaz, *ex tunc*”<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15ª ed. rev. e atual. (por Mario Roberto Carvalho de Faria). Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 60, nota 28.

<sup>5</sup> SOUZA, Osni de. MACHADO, Costa. *Artigo 1799 do CC/02*. In: CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008. P. 1412.

<sup>6</sup> SOUZA, Osni de. MACHADO, Costa. *Artigo 1799 do CC/02*. In: CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008. P. 1413

<sup>7</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 105.

<sup>8</sup> VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: Cejup, 1993. P. 422

Outro destaque é sobre a utilização da expressão “filho ainda não concebido” no atual *códex*. No anterior diploma civil de 1916, no artigo 1718<sup>9</sup>, o termo utilizado era “prole eventual”. Referida mudança se deve ao fato de que ao se falar em “prole” a interpretação legislativa seria no sentido de abranger filho, neto, bisneto etc. – em outras palavras, aqueles que descendem de um indivíduo ou de um casal. Por outro lado, “filho” é apenas a prole direta indicada a suceder da pessoa especificada pelo autor do testamento.<sup>10</sup> Percebe-se, portanto uma opção legislativa pela restrição normativa.

Apresentada a previsão normativa no diploma civilista, problemas práticos surgem de sua aplicação, como a possibilidade de o filho indicado pelo autor do testamento poder ser concebido por apenas uma das pessoas indicadas (em caso de o *de cuius* ter indicado filho não concebido de certas duas pessoas), ou por inseminação artificial *post mortem*, ou possibilidade de referido sucessor ser gerado em “barriga de aluguel”.

Da mesma forma, foi ponto de divergência doutrinária e jurisprudencial o questionamento sobre a possibilidade de ser feita pelo autor do testamento uma distinção quanto à origem dos filhos não concebidos indicados a suceder: concebidos e adotivos.

Seria possível o *de cuius* especificar a origem do filho da pessoa indicada? Segundo o enunciado nº 268 do Conselho da Justiça Federal (CJF), sim: “nos termos do inc. I do art. 1799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva”.

Mencionado enunciado, foi aprovado na III Jornada de Direito Civil, que aconteceu em Brasília, nos dias 1º a 03 de dezembro de 2004, e tratou por restringir ainda mais a interpretação da cláusula testamentária que indicar como herdeiro filho ainda não concebido/prole eventual de pessoa viva quando da abertura da sucessão.

De acordo com tal enunciado, seria possível o testador determinar a origem do filho: concebido ou adotado. Pela leitura da justificativa do enunciado, é possível observar o grande vínculo ainda existente no direito atual com as disposições e diferenciações existentes no diploma de 1916. Concluiu-se que a vontade do testador especificada na cláusula testamentária deve ser respeitada: não havendo menção à origem da filiação, interpretar-se-á abrangentemente, contemplando todo e qualquer filho, conforme o disposto constitucional; entretanto, especificando o *de cuius* que sua deixa irá para filho de determinada origem, sua vontade deve ser respeitada, não sendo cabível interpretação extensiva da cláusula, de forma que se beneficiarão apenas os filhos consanguíneos e não serão contemplados os adotivos.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Art. 1718 do Código Civil de 1916: “São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão.”

<sup>10</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. P. 404, nota de rodapé n. 2.

<sup>11</sup> RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. P. 408.

Essa posição do enunciado é uma posição intermediária da doutrina sustentada por Silvio Venosa, o qual entende que, se o testador não fizer referência à origem do filho ainda não concebido da pessoa indicada, a interpretação a ser feita é a de que não será possível a distinção quanto à filiação, recebendo o quinhão testamentário o sucessor independentemente se natural ou civil. Nessa linha de raciocínio, compreende que caberia ao *de cujus* ter especificado no testamento a exclusão de maneira expressa se sua intenção era não incluí-los.<sup>12</sup>

Na oportunidade, cabe mencionar as demais posições. Apoiando-se na construção doutrinária à luz do art. 1718 do CC/16, Maria Helena Diniz, que defende que o conceito de “prole eventual” (atualmente, conforme CC/02, “filhos ainda não concebidos”) não abrange filhos adotivos dos indicados pelo testador. O fundamento utilizado é o de que se deve evitar que pessoas adotem para obter o benefício testamentário: “o testador deveria excluir filho adotivo, pois a pessoa indicada poderia adotar tão-somente para conseguir o benefício testamentário, fazendo com que a adoção deixe de ser um ato de amor para atender às finalidades econômicas”<sup>13</sup>.

Por outro lado, há os que defendam que o filho adotivo só poderia ser contemplado se o testador o indicasse como herdeiro, de forma que, não havendo menção expressa no testamento, a origem de adoção desse filho o impediria de lograr a deixa testamentária. Essa é a corrente de menor adesão, em virtude dos novos parâmetros constitucionais de igualdade entre os filhos, bem como o caráter irrevogável conferido à adoção pelo ECriAd.

Como mencionado, Silvio Salvo Venosa, em posição intermediária, sustenta ser possível a exclusão dos filhos adotivos se houver disposição do autor da herança nesse sentido: se o autor da herança não fizer referência, deixando de distinguir a filiação, o filho da pessoa designada herda independentemente de sua origem. Contudo, como a autonomia da vontade do testador sobre seu patrimônio impera ainda após sua morte, conclui possível que o filho adotivo não seja contemplado na cláusula, se a não inclusão for vontade expressa do testador.<sup>14</sup>

Essa foi a posição adotada no Enunciado 268 do CJF, que dispõe ser vedada interpretação extensiva à cláusula testamentária específica que beneficia filho de determinada origem. Justificam a partir do princípio da autonomia da vontade do testador, pois o testamento é um negócio jurídico em que se manifesta a última vontade do falecido.

Como visto, o escopo do enunciado foi proteger a autonomia da vontade do autor do testamento, vedando qualquer interpretação extensiva. Buscou-se

---

<sup>12</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Vol 7. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 156-157.

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões*. 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/1/2002) e o (Projeto de Lei n. 6.960/2002). Vol 6. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 172

<sup>14</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P.156-157.

interpretar o inciso I do artigo 1799 do CC/02 “em consonância com o princípio que manda perquirir a real intenção do testador (CC, art. 1899 c/c art. 112)”<sup>15</sup>.

Privilegia-se, assim, o princípio da autonomia da vontade do autor da herança. Por esse princípio, “o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”<sup>16</sup>. Essa mesma esfera de liberdade é conferida ao autor do testamento, o qual tem liberdade de dispor de metade do seu patrimônio (eis que a legítima deve ser respeitada, conforme o artigo 1789 do CC/02) para quem desejar.

O vocábulo “autonomia” tem origem grega e significa independência, possibilidade de se reger por leis próprias, em que se vigora o regime de liberdade, fundada na faculdade de determinar seus próprios ditames de conduta, sem imposições alheias. Noutro giro, etimologicamente, “autonomia” idealiza o poder de modelar por si as regras da própria conduta, sob um prisma do interno para o externo.<sup>17</sup>

Destaca-se que autonomia da vontade é distinta de autonomia privada. Autonomia da vontade se liga à subjetividade do indivíduo, a intenção afetiva e psicológica. Por outro lado, a autonomia privada diz respeito ao caráter objetivo que resulta na criação, modificação ou extinção de determinado(s) efeito(s) jurídico(s).<sup>18</sup> A autonomia da vontade se liga, dessa forma, à liberdade de autodeterminação, ao passo que a autonomia privada à autorregulação.<sup>19</sup>

Diz-se que a autonomia da vontade é um poder conferido a pessoa de estabelecer determinado negócio jurídico com outrem, de modo a criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica privada.<sup>20</sup>

Apesar da distinção, a autonomia da vontade e a autonomia privada devem ser consideradas conjuntamente no que toca o direito sucessório, uma vez que o testamento (negócio jurídico) se constitui a partir da manifestação dos dois princípios conjuntamente, eis que subjacentes a todo o direito privado.<sup>21</sup>

A autonomia do indivíduo ganhou grande relevância com a promulgação da Constituição Cidadã, que representou ruptura com o antigo modo de governo (ditadura) que restringia a liberdade individual para que a pública prevalecesse, sob

---

<sup>15</sup> RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. p. 404

<sup>16</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>17</sup> CABRAL, Érico de Pina. *A “autonomia” no direito privado*. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, jul/set 2004. P. 84

<sup>18</sup> CARMINATE, Raphael Furtado. *O direito à legítima e a autonomia privada do testador*. In: *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*. Vol 2 (mar/abr.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 43

<sup>19</sup> CABRAL, Érico de Pina. *A “autonomia” no direito privado*. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, jul/set 2004. P. 84

<sup>20</sup> RECKZIEGEL, Janaína. FABRO, Roni Edson. *Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro*. In: *Revista de Direito Brasileira RDB* ISSN 2237-583X, Ano 4, Vol. 8, UNOESC: Editora CONPEDI, MAIO-AGO/2014. p. 172.

<sup>21</sup> PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. P. 102

a justificativa de manter a ordem para haver progresso. Fala-se em uma inauguração de um novo momento não só na história política brasileira (transição de um Estado caracterizado pelo autoritarismo do Regime Militar, para um Estado Democrático de Direito), mas também para o ordenamento jurídico, colocando o indivíduo como sujeito também de direitos além dos deveres, com reflexão direta no direito privado<sup>22</sup>.

Assim, não é de se espantar que a autonomia da vontade do autor da herança ganha especial importância no direito sucessório. O *de cuius*, quando em vida, formou patrimônio e tem a liberdade de dispor dele da forma que melhor achar devida, desde que respeitados os limites impostos pela legislação. Dessa forma, nos termos do enunciado aprovado (268, CJF) é compreensível o privilegiar da sua vontade quando opta por deixar em testamento herança para filho ainda não concebido, especificando a sua origem, uma vez que foi uma faculdade do testador incluir como sucessor o concepturo, o que, como faculdade, não tinha a obrigação de fazer. Vê-se aqui mais uma vez que o testamento é feito para satisfazer ao autor da herança.

## 2. Entre a autonomia do testador, a igualdade e a liberdade familiar

Os princípios são caracterizados por possuírem maior abstratividade (se comparados com as regras e as normas), característica essa essencial para o fim a que se prestam, qual seja, manejo das normas e regras do sistema, conseguindo expandir seu comando de acordo com as situações postas.<sup>23</sup>

Para Alexy, os princípios são normas que prescrevem “mandamento de otimização”, pois “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, cuja satisfação pode variar em graus diferentes, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>24</sup>

Dessa forma, diz-se que os princípios possuem sistematicidade, na medida em que estão justapostos entre si, sendo corretamente interpretados apenas se considerados em um grande sistema; e limitabilidade, posto que não podem ser considerados absolutos, podendo ser relativizados, restringidos, limitados e afastados por outro princípio em face de uma situação específica.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> RECKZIEGEL, Janaína. FABRO, Roni Edson. *Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro*. In: Revista de Direito Brasileira RDB ISSN 2237-583X, Ano 4, Vol. 8, UNOESC: Editora CONPEDI, MAIO-AGO/2014. p. 175.

<sup>23</sup> TAVERES, André Ramos. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional*. In: SALOMÃO LEITE, George. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 37

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Ediora Malheiros, 2015. p. 90.

<sup>25</sup> TAVERES, André Ramos. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional*. In: SALOMÃO LEITE, George. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 38



É nesse contexto que se fala em ponderação como método de decisão jurídica<sup>26</sup>.

Embora persista no Direito a fórmula de subsunção para aplicação do ordenamento ao caso analisado, a mais recente dogmática jurídica se deu conta de que a subsunção não é a única técnica, sendo insuficiente para lidar com as mais variadas situações concretas,<sup>27</sup> de forma que se recorre cada vez mais aos princípios em virtude de sua expansibilidade e integratividade sistêmica. Porém, exatamente em virtude de sua amplitude, os princípios podem se colidir, sendo necessária a ponderação para a melhor aplicação do Direito.

A operacionalização da ponderação é feita a partir da análise da adequação (se é adequado o exercício de um direito para preservar outro direito ou um bem protegido constitucionalmente), da necessidade (se o sacrifício imposto será necessário, se existe outro meio menos lesivo) e da proporcionalidade em sentido estrito (fazer uma menor afetação possível do exercício do direito, com uma maior satisfação do outro).<sup>28</sup>

Para subsidiar a análise da proporcionalidade em sentido estrito, apresenta-se como contra-argumento ao princípio da autonomia da vontade outros valores constitucionais, como o da igualdade entre os filhos e o da independência familiar, para avaliar a disposição do enunciado 268 do CJF. Outra importante imersão é na análise dos efeitos da adoção, bem como das novas composições familiares na conjuntura jurídica brasileira.

Primeiramente, é *mister* entender o vocábulo “filho”.

Para o Direito, filiação é um fato jurídico resultante do nascimento. E, “sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos”<sup>29</sup>.

Nos termos da legislação civil de 1916, nomeava-se a filiação de acordo com a sua origem (legítima, ilegítima e adotiva), com efeitos sucessórios. Os filhos legítimos eram aqueles concebidos na constância do casamento válido entre os pais do filho ao tempo da concepção. Já os ilegítimos, aqueles oriundos de uma relação extramatrimonial. Por fim, os adotados, seriam aqueles que concebidos por pessoas

---

<sup>26</sup> SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. *La ponderacion de bienes e intereses em el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000. *Apud* LORA, Pablo de. *Tras el rastro de la ponderación*. Disponível em: <file:///C:/Users/Home/Downloads/Dialnet-TrasElRastroDeLaPonderacion-1996862.pdf>. (Acesso em 17 jun 2018).

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. In: SALOMÃO LEITE, George. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 115

<sup>28</sup> MORESO, José Juan. *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*. Revista de Direito GV, Vol 2, nº 2, jul/dez 2006. P. 20. Tradução livre. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv\\_04\\_pp013-030.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_04_pp013-030.pdf)>. (Acesso em 17 jun 2018).

<sup>29</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 265

diversas da relação conjugal, porém, que ingressaram no seio familiar por meio da adoção, momento a partir do qual o status de filho lhes era concedido.

Nas últimas décadas, os tribunais brasileiros embarcaram na tendência mundial de reconhecer direitos familiares e sucessórios aos filhos “ilegítimos”.<sup>30</sup> Buscou-se, por meio da aplicação do princípio da isonomia eliminar as diferenças existentes entre os filhos concebidos na constância da sociedade conjugal e os extraconjugais, principalmente no que toca o reconhecimento da paternidade por homem casado.<sup>31</sup>

A diferenciação caiu por terra com o advento da Constituição da República de 1988, uma vez que em seu artigo 227, §6º, veda qualquer qualificação à filiação. No entanto, as terminologias de legítimo, ilegítimo e adotivo continuam a ser utilizadas até os dias atuais com caráter didático. Trata-se de uma infelicidade, uma vez que expressa o forte ranço de outrora e acaba por dar abertura a interpretações discriminatórias como a de que trata este artigo.

Dispõe o art. 227 da CF/88 em seu §6º que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. No mesmo sentido, o texto do art. 1596 do Código Civil de 2002.

Desses dispositivos extrai-se o princípio da isonomia ou da igualdade entre os filhos, que “constitui o último patamar da longa e tormentosa evolução legislativa [...], pondo fim ao tratamento diferenciado conferido pelo legislador civil aos filhos”<sup>32</sup>. Nota-se que referido princípio possui dois desdobramentos: do aspecto positivo, objetiva garantir a igualdade de qualificações entre os filhos, conferindo-lhes iguais direitos; ao passo que sob o aspecto negativo, introduz uma proibição, eis que proíbe qualquer designação discriminatória.<sup>33</sup>

Trata-se da isonomia constitucional, que “abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação heteróloga (com material genético de terceiro)”<sup>34</sup>.

É nessa toada que cabe falar em adoção. Enquanto a filiação natural é caracterizada pelo vínculo de sangue, genético ou biológico, a adoção é uma filiação que se repousa na permissibilidade jurídica de considerar o afeto vínculo suficiente para formar a *status familiae*.

O processo de adoção é longo e complexo. Atualmente, é regulamentado pela Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), a partir do artigo 41. Toda criança ou adolescente poderá ser adotada por pessoa maior de dezoito

---

<sup>30</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 266.

<sup>31</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Igualdade entre filhos no direito brasileiro: direito pós-moderno?*. Revista da Faculdade de Direito da UFRS, Vol 16, 1999. P. 29

<sup>32</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P.392

<sup>33</sup> GAMA, Daniel Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. P. 91.

<sup>34</sup> TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <<https://ssl9183.websiteseguro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/princfam.pdf>>. (Acesso em 10 jun 2018).

anos, desde que: (i) o adotado não possua mais de dezoito anos à data do requerimento, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela do adotante; (ii) existam dezesseis anos de diferença entre o adotante e o adotado; e (iii) existam reais vantagens ao adotando.

Realizada judicialmente, após adoção constituída por sentença, a nova relação de parentesco deve ser inscrita no Registro Civil (art. 1603 do CC/02) e dota de irrevogabilidade. É atribuída condição de filho ao adotando, o qual gozará dos mesmos direitos e deveres do filhos consanguíneos, inclusive sucessórios já que a morte do(s) adotante(s) não anula a adoção.<sup>35</sup>

Apesar do exposto supra, de que o princípio de isonomia entre os filhos seria o último patamar legislativo a por fim no tratamento diferenciado, infere-se que o verdadeiro último patamar não é criar impedimentos à discriminação e, sim, ratificar a ideia de que essa discriminação não é possível no contexto atual, impondo limites às forças que tentam driblar esse princípio isonômico.

É o que se observa no texto do enunciado 268 do CJF aqui já abordado: vale-se da autonomia da vontade do testador para afastar um preceito isonômico, atribuindo a este preceito subsidiariedade em relação àquela vontade, apesar de o inverso ser o correto: incidir a autonomia da vontade nos limites do que é permitido pelo ordenamento.

Também há o princípio constitucional que preconiza a independência familiar, o princípio de constituir livremente uma comunhão de vida familiar. Tal princípio é observado a partir da leitura do artigo 226, §7º, da CF/1988, bem como do artigo 1513 do CC/02.

Seja pelo casamento, seja pela união estável, à comunhão familiar não podem ser opostos obstáculos ou restrições que repercutam na tomada de decisões da família em relação ao planejamento familiar (art. 1565 do CC/02). Não pode o Estado, pessoa jurídica de direito público ou privado, ou mesmo terceiro à relação familiar realizar qualquer imposição ou restrição ao exercício da liberdade de comunhão da família.

A opção por conceber (em suas diversas formas), adotar um filho, ou mesmo por não ter filho algum, é uma decisão tomada no seio familiar de acordo com os anseios próprios existentes ali. Assim, é certo e de fácil compreensão que não pode o testador impor para uma família que se conceba um filho para que este suceda.

Destaca-se aqui que não se esquece que a disposição testamentária possui natureza eventual, podendo ou não a pessoa indicada ter o filho. Contudo, esse mesmo raciocínio não se aplica à especificação da origem dessa filiação pelo testador, muito embora se possa atribuir o caráter eventual à cláusula. Isso porque, apesar de a disposição testamentária não obrigar a constituir laço de parentalidade, pode influenciar decisivamente ou impeditivamente na decisão familiar.

Decisivamente porque, a título de exemplo, é possível uma pessoa optar por não gerar filho algum e sim adotar – a exclusão do filho adotivo no testamento pode

---

<sup>35</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 833-836.

influenciar decisivamente a pessoa indicada. Impeditivamente na medida em que a pessoa indicada é estéril, ou mesmo possuir uma relação homoafetiva, hipóteses que dificultam ou até impedem a concepção natural.

Como se vê, o presente tema não se restringe à transmissão da herança, atingindo intimamente a composição e liberdade familiar. Frisa-se que não se diz aqui que a cláusula testamentária impõe certa conduta à pessoa indicada, mas sim que pode ser forte interferência externa naquela relação.

### **3. Força normativa dos Princípios Constitucionais: O Neoconstitucionalismo no Direito Infraconstitucional**

De tradição *civil law*, o direito brasileiro foi fortemente marcado pelo positivismo jurídico e pela codificação normativa. Fruto do rompimento do Estado Absolutista a partir da Revolução Francesa, o positivismo jurídico foi substrato do Estado de Direito, embasado no constitucionalismo hierárquico em que a Constituição ocupa o cume normativo, tendo a função única de organizar as estruturas e os poderes do Estado.

Nesse sistema, não há supremacia constitucional<sup>36</sup>, uma vez que a força legislativa era analisada sob o prisma de validade formal segundo o procedimento prescrito na Carta Constitucional: interpretação jurídica objetiva, compreendendo apenas juízos de validade e não juízos de valor.<sup>37</sup>

No positivismo, há o que se chama de processo binário<sup>38</sup>: a norma é válida ou inválida e aplicável ou não ao caso concreto (subsunção). Há a proeminência da lei, característica do pensamento clássico, visto que as normas deveriam ser positivas a fim de regular os atos estatais, de modo que houvesse o mínimo de intervenção do Estado nas liberdades individuais. “A ideia de constitucionalismo [moderno e positivista] ficou associada à necessidade de todo Estado possuir uma constituição escrita para frear o arbítrio dos Poderes Públicos”<sup>39</sup>.

Com o pós-Segunda Guerra Mundial e o surgimento do chamado Estado Constitucional Social, a hermenêutica jurídica dá um passo além, buscando não apenas regular o arbítrio do Poder Público, mas também a efetivação dos direitos fundamentais. Nessa toada, surge o constitucionalismo contemporâneo – o neoconstitucionalismo, que consagra ideias pós-positivistas, cujo resultado foi o desenvolvimento de um constitucionalismo principialista.<sup>40</sup>

Na oportunidade, faz-se importante destacar que a diferença entre os constitucionalismos moderno (positivismo) e contemporâneo (pós-positivista, neoconstitucionalista) não está na previsão ou na ausência de disposições

---

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. P.95-96.

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. P.135.

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 41.

<sup>39</sup> BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 71.

<sup>40</sup> BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 76.

princípios ou de direitos fundamentais. A diferença está na operacionalização dessas normas, pois como no positivismo havia o padrão da legalidade (binário validade e subsunção), tais direitos eram apenas previsões que necessitavam de lei para instrumentalizá-las;<sup>41</sup> ao passo que o escopo do neoconstitucionalismo é efetivar os direitos fundamentais de cada indivíduo – necessidade que se observou após barbáries ocorridas na Segunda Grande Guerra, isto é, dar à Constituição real status de instrumento que prescreve e concretiza direitos, independentemente da existência de lei. Busca-se a garantia, a promoção e a preservação/manutenção de tais direitos, de modo que a limitação do poder estatal é consequência. Tem-se o Estado Democrático de Direito.

Destaca-se também que “o pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além delas”<sup>42</sup>. O neoconstitucionalismo se caracteriza pela decodificação do Direito, pela supremacia do texto constitucional, pela força normativa dos princípios constitucionais e pela garantia, promoção e preservação dos direitos fundamentais e humanos, bem como pela ampliação da jurisdição constitucional.

É com essa tônica que por vezes se fala em pensar o direito calçado dos óculos constitucionais ou ver o ordenamento jurídico como sistema cujo Sol é a Constituição. “Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições [...] dotadas de imperatividade”<sup>43</sup>.

A força normativa do texto constitucional (regras e princípios) é o que confere efetividade e eficácia social.<sup>44</sup> Dessa forma, qualquer interpretação jurídica realizada deve se atentar para a chamada *vontade de constituição* (*wille zur verfassung*), elemento subjetivo pelo qual a força normativa constitucional se concretiza formal e materialmente, exortando-se o dever de obediência à supremacia constitucional porque todos possuem o dever de seguir as disposições constitucionais, sendo que os destinatários primordiais dessa exortação são os agentes públicos integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.<sup>45</sup>

Importante, portanto, é a jurisdição constitucional. “Hoje, é possível falar em momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia

---

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. P. 263.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto*. In: constitucionalismo em perspectiva. Viçosa, MG: editora UFV, 2014. P.39

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Disponível em <<http://ravistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>> Acesso em 20/05/2019.P.21

<sup>44</sup> BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 132.

<sup>45</sup> BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 133 e 136.

do Parlamento”<sup>46</sup> em virtude dos mecanismos constitucionais de controle de constitucionalidade e do papel desempenhado pelo juiz.

Ao juiz não cabe mais apenas a função de revelar a solução contida no enunciado normativo. Todos os operadores tornam-se co-participantes do processo de criação do Direito, complementando o trabalho do legislador ao valorar o sentido das cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.<sup>47</sup>

Na prática judiciária brasileira, diante das lides formadas, tem sido cada vez mais comum as chamadas Jornadas de Direito, como as promovidas pela ENFAM (Escola Nacional de formação e aperfeiçoamento dos magistrados), pelo CJF (Conselho da Justiça Federal), pelo FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais) e pelo FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civiis) etc.: encontros realizados por profissionais da área jurídica em que se discute a interpretação e a aplicação de disposições normativas a partir de demandas que surgem das relações sociais.

Dessas discussões, são apresentados enunciados que traduzem entendimento daqueles que se reuniram. Os enunciados aprovados firmam entendimento de natureza doutrinária, que podem ser arguidos pelas partes e aplicados pelos magistrados. Nesse sentido, é claro o art. 34 da Portaria 169 de 2016 do CJF: “Os enunciados aprovados na Jornada são meramente doutrinários e têm força persuasiva de caráter técnico jurídico”.

Contudo, mesmo de natureza meramente doutrinária, trata-se de um entendimento acerca de alguma matéria e, assim como toda interpretação, é possível que haja incompatibilidade com as prescrições constitucionais, sendo esse o caso do enunciado nº 268 do CJF. Isso porque referido enunciado, ao pretexto de resguardar a autonomia da vontade do testador, relega ao esquecimento princípios e direitos constitucionais neste trabalho abordados como o da liberdade e autonomia familiar e da igualdade entre filhos.

Como já explicado, as normas constitucionais são dotadas de supremacia, de modo que as normas do ordenamento jurídico devem receber leitura constitucionalizada, independentemente de serem de Direito Privado ou de Direito Público.<sup>48</sup>

No texto do enunciado 268 do CJF, vale-se da autonomia da vontade do testador para afastar um preceito isonômico, atribuindo a este preceito subsidiariedade em relação àquela vontade. Contudo, o inverso é o correto: a autonomia da vontade pode incidir nos limites do que é permitido pelo ordenamento, cujo ápice é a Constituição Federal.

---

<sup>46</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 53.

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Disponível em <<http://ravistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>> Acesso em 20/05/2019. P.26.

<sup>48</sup> FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 14 ed. rev. atual. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 118.

## Considerações Finais

A discussão acerca da origem do filho ainda não concebido de determinada pessoa indicada no testamento possui contornos teóricos e práticos que não podem ser desconsiderados.

A partir de uma análise doutrinária, verificou-se que a doutrina se divide, havendo quem defenda que a autonomia da vontade do testador deve ser respeitada independentemente de suas especificações, pois cumpri-las garante uma benesse ao terceiro e não uma configura imposição, bem como porque cabe ao testador estipular como e para quem seu patrimônio será deixado. Por outro lado, em vista da nova ordem constitucional, há a contraposição dos princípios da igualdade entre os filhos e da liberdade familiar.

Apoiando-se na construção doutrinária à luz do art. 1718 do CC/16, Maria Helena Diniz, que defende que o conceito de “prole eventual” (atualmente, conforme CC/02, “filhos ainda não concebidos”) não abrange filhos adotivos das pessoas indicadas pelo testador, tendo em vista que “a pessoa indicada poderia adotar tão-somente para conseguir o benefício testamentário, fazendo com que a adoção deixe de ser um ato de amor para atender às finalidades econômicas”<sup>49</sup>.

Por outro lado, há os que defendam que o filho adotivo só poderia ser contemplado se o testador o indicasse como herdeiro, de forma que, não havendo menção expressa no testamento, a origem de adoção desse filho o impediria de lograr a deixa testamentária. Essa é a corrente de menor adesão, em virtude dos novos parâmetros constitucionais de igualdade entre os filhos, bem como o caráter irrevogável conferido à adoção pelo ECriAd.

Adotando uma posição intermediária, Silvio Salvo Venosa sustenta ser possível a exclusão dos filhos adotivos se houver disposição do autor da herança nesse sentido: se o autor da herança não fizer referência, deixando de distinguir a filiação, o filho da pessoa designada herda independentemente de sua origem. Contudo, como a autonomia da vontade do testador sobre seu patrimônio impera ainda após sua morte, conclui possível que o filho adotivo não seja contemplado na cláusula, se a não inclusão for vontade expressa do testador.<sup>50</sup>

Essa foi a posição adotada no Enunciado 268 do CJF, que dispõe ser vedada interpretação extensiva à cláusula testamentária específica que beneficia filho de determinada origem. Justificam a partir do princípio da autonomia da vontade do testador, pois o testamento é um negócio jurídico em que se manifesta a última vontade do falecido.

Apesar de todo o esforço teórico na defesa da supremacia da vontade do testador, não se pode relegar ao esquecimento importantes princípios

---

<sup>49</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões*. 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/1/2002) e o (Projeto de Lei n. 6.960/2002). Vol 6. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 172

<sup>50</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. P.156-157.

constitucionais que influem de maneira exponencial no direito civil, mais especificamente no direito de família e no sucessório: isonomia dos filhos e autonomia familiar.

Fala-se em autonomia da vontade do testador naquilo que lhe compete dispor e interferir. Não é facultado ao autor da herança fazer distinção entre filhos de outrem em virtude da origem, tampouco interferir na comunhão familiar com a cláusula testamentária. Se a vontade do *de cuius* era beneficiar filiação de pessoa a qual tinha apreço, assim o faz sem distinguir de onde os filhos desta virão, uma vez que para essa pessoa e para o ordenamento jurídico, independentemente da origem, aquele será seu filho.

Dessa forma, conforme o exposto, devem a legislação infraconstitucional e os atos emanados dos Poderes calçar os óculos constitucionais e ter a Carta Magna como ponto de partida, seja no permitir/autorizar, seja no limitar/impedir, os atos de vontade.

Acreditamos que a melhor posição é pela interpretação da disposição testamentária no sentido de englobar filho em seu sentido lato, afastando quaisquer discriminações impostas.

Por fim, um melhor enunciado a ser aprovado seria o proposto por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, também na III Jornada de Direito Civil, abrangendo “os filhos resultantes da adoção, da reprodução assistida heteróloga e da posse do estado de filho, não se restringindo aos filhos relativos ao parentesco natural”, de modo que a expressão contida do inciso I, art. 1799, seja interpretada à luz da Constituição de 1988, que estabelece a paridade de tratamento e qualificação entre os irmãos, “devendo-se ler o texto da seguinte maneira: *filhos cuja parentalidade ainda não havia sido estabelecida* às pessoas determinadas pelo testador e existentes à época da abertura da sucessão”.<sup>51</sup>

## Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios*. In: SALOMÃO LEITE, George. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 101-135
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Disponível em

---

<sup>51</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. P. 402



<<http://ravistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>>. (Acesso em 20/05/2019).

BARROSO, Luís Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: Crônica de um sucesso imprevisto*. In: *Constitucionalismo em perspectiva*. Viçosa, MG: editora UFV, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. (Acesso em 17 jun. 2018).

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm)>. (Acesso em 17 jun. 2018).

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Brasília, DF, jun. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm)>. (Acesso em 17 jun. 2018).

BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARMINATE, Raphael Furtado. *O direito à legítima e a autonomia privada do testador*. In: *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*. Vol 2 (mar/abr.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 33-63

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões*. 18ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/1/2002) e o (Projeto de Lei n. 6.960/2002). Vol 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 14 ed. rev. atual. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. P. 402-403.

GAMA, Daniel Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada a luz da Lei 11.698: família, criança, adolescente e idoso*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. P. 91. [biblioteca central da ufes!]

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15ª ed. rev. e atual. (por Mario Roberto Carvalho de Faria). Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, José Heleno de. *Prole eventual – Uma herança certa para uma pessoa incerta: aspectos controvertidos no direito sucessório*. Disponível em: <<http://www.dimitresoaes.com.br/2012/03/artigo-prole-eventual-uma-heranca-certa.html>>. (Acesso em 15 jun. 2018).
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil, Vol. XXI: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LORA, Pablo de. *Tras el rastro de la ponderación*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Home/Downloads/Dialnet-TrasElRastroDeLaPonderacion-1996862.pdf>>. (Acesso em 17 jun 2018).
- MARQUES, Cláudia Lima. *Igualdade entre filhos no direito brasileiro: direito pós-moderno?*. Revista da Faculdade de Direito da UFRS, Vol. 16, 1999. P. 21-40
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORESO, José Juan. *Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales*. Revista de Direito GV, Vol 2, nº 2, jul/dez 2006. P. 13-30. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv\\_04\\_pp013-030.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_04_pp013-030.pdf)>. (Acesso em 17 jun 2018).
- PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.
- RECKZIEGEL, Janaína. FABRO, Roni Edson. *Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro*. In: Revista de Direito Brasileira RDB ISSN 2237-583X, Ano 4, Vol. 8, UNOESC: Editora CONPEDI, MAIO-AGO/2014. P. 161-177
- RÉGIS, Mário Luiz Delgado. In: AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado de. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. P. 404-408
- SOUZA, Osni de. MACHADO, Costa. *Artigo 1799 do CC/02*. In: CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008.
- TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <<https://ssl9183.websiteseuro.com/slap/tiara/artigos/upload/artigos/pri-ncfam.pdf>>. (Acesso em 10 jun 2018).
- TAVERES, André Ramos. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na perspectiva constitucional*. In: SALOMÃO LEITE, George. *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 21-51
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: Cejup, 1993.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Vol 7. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de família*. Vol 6. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.