



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -
UNIPAC

DAVI MACIEL DUARTE FILHO

**SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA DA PROLE EVENTUAL FACE AOS
PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E ISONOMIA**

BARBACENA

2017

DAVI MACIEL DUARTE FILHO

**SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA DA PROLE EVENTUAL FACE AOS
PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E ISONOMIA**

Artigo científico apresentado ao Curso Superior de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-Campus Barbacena, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Delma Gomes Messias

BARBACENA

2017

Davi Maciel Duarte Filho

**SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA DA PROLE EVENTUAL FACE AOS
PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E ISONOMIA**

Artigo científico apresentado ao Curso Superior de
Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-
Campus Barbacena, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof(a) Mestre Delma Gomes Messias
Orientadora

Prof(a) Doutora Débora Gomes Messias Amaral

Prof. Especialista Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão

Barbacena, 30 de Junho de 2017.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	5
1. INTRODUÇÃO.....	6
2. A PROLE EVENTUAL NO DIPLOMA CIVIL DE 1916.....	6
3. A PROLE EVENTUAL E O DIPLOMA CIVIL DE 2002.....	7
4. A ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	9
5. LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA.....	11
6. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	12
7. A AUTONOMIA PRIVADA.....	18
8. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIA.....	20
9. CONCLUSÃO.....	24
10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	25

RESUMO

O objetivo geral deste trabalho é fazer uma interpretação constitucional do direito privado, limitando entendimentos discriminatórios a luz da Constituição Federal brasileira sobre o princípio da isonomia jurídica entre os filhos havidos de forma natural ou civil com igualdade de tratamentos nas relações patrimoniais. Estudar o conceito de filho a luz da Constituição Federal brasileira, apontando que não há diferença entre ambos do ponto de vista jurídico. Analisar a intenção do legislativo brasileiro frente a problemática, da concepção natural e cível. Demonstrar as diversas correntes doutrinaria a respeito da intenção do testador sob a hermenêutica do direito privado. Confrontar o princípio constitucional da isonomia jurídica entre os filhos e o princípio da autonomia privada e demonstrar o posicionamento jurisprudencial a cerca do tema.

ABSTRACT

The general purpose of this paper is to give a constitutional interpretation of private law, outruling discriminatory views under Brazil's Federal Constitution on the principle of isonomy between sons under natural or civil parenthood which ensures equality of treatment in patrimonial relationships. To study the very concept of son on grounds of the Federal Constitution, pointing there is no distinction is bet ween bothfrom a judicial point of view. To analyse the intention of brazilian legislators on the matter of natural and civil conceptions; to outline the various doctrinal currents of thought concerning the testator's intention under the hermeneutics of private law; to confront the constitutional principle of legal isonomy between sons with the principle of private autonomy; and finally to provide a brief compilation of view-supportive court decisions on the subject.

1. INTRODUÇÃO

Embora a Constituição Federal brasileira não mais admitir que se faça qualquer distinção discriminatória entre os filhos e ratificado pela lei 8.069/1990, Estatuto da criança e do adolescente, o código civil brasileiro mesmo tendo entrado em vigor num contexto pós CRFB/88, trouxe consigo resquício do código de 1916, que dá margens a várias interpretações no que diz seu artigo 1799, I tratando sobre a sucessão testamentária da prole eventual. Vários são os questionamentos a cerca da prole eventual o que tem levado aos diversos entendimentos doutrinários e até mesmo levado doutrinadores a não se posicionar sobre o assunto, deixando ao livre arbítrio dos magistrados, pois tem julgado cada fato com base na análise do caso concreto. O tema propõe uma análise aos princípios constitucionais sociais frente ao princípio da autonomia privada buscando dirimir dúvidas sobre a prevalência ou não da constitucionalização do direito pátrio.

2. A PROLE EVENTUAL NO DIPLOMA CIVIL DE 1916

O preceito legal do diploma civil atual corresponde ao art. 1.718 do Código Civil de 1916, *in verbis*: “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”.

Tal dispositivo tinha o objetivo de beneficiar os filhos de uma pessoa ainda não concebidos no momento da abertura da sucessão, sendo necessário, tão somente, que a pessoa designada a ter a prole eventual coexista ao tempo da abertura da sucessão sob pena de caducidade da deixa testamentária.

Levando em consideração o contexto histórico temporal, na vigência do referido diploma, o posicionamento doutrinário a cerca da prole eventual não compreendia a possibilidade do beneficiamento da prole eventual de natureza civil, ou seja, não contemplava os filhos adotivos e também mantinha certa restrição a prole ilegítima, que seria os filhos havidos fora do casamento.

Quanto a admissão da concepção civil e dos filhos ilegítimos pouco se tecia discussões principalmente num contexto anterior a Constituição de 1988, onde os doutrinadores atinham-se a discutir quanto a abrangência da expressão, se abrangeria

somente os filhos ou também os netos e bisnetos das pessoas indicados pelo testador.

Desta forma, caso o testador não quisesse deixar bens para um irmão por ser ele um dilapidador de bens ou não digno, o testador poderia favorecer a prole eventual, tornando o irmão tão somente, administrador dos bens caso tenha resolvido o termo testamentário. Seria como um salto na ordem hereditária ou até mesmo ignorar o instituto do fideicomisso, sendo a pessoa designada pelo testador mero administrador dos bens até o alcance da capacidade civil plena da prole. Até porque caso a pessoa designada pelo testador não venha a ter filhos no prazo legal ou estipulado pelo testador a disposição caduca sendo ineficaz a deixa testamentária, voltando o quinhão ao monte mor.

Algumas legislações, como a italiana, têm também essa exceção ao princípio de coexistência quando da morte do autor da herança. Tantos são os problemas que essa possibilidade pode causar que melhor seria extingui-la, mantendo-se o fideicomisso, que atinge a mesma finalidade, com maior segurança.

Trata-se também de uma proteção ao nascituro, só que ao ainda não concebido. São pessoas que virão a nascer, geradas por pessoas designadas pelo testador, estas sim existentes quando da morte. A matéria ganha maior importância agora, com as técnicas de reprodução assistida.

Na ilustrativa afirmação de Pontes de Miranda (Tratado de direito privado. Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, v. 58:19): “O que se tem por fito, com o art. 1.718, in fine é permitir um pulo por sobre uma pessoa (que por si não mereça, ou não precise, para lhe beneficiar a descendência, e acrescenta) o exemplo, que logo ocorre, é o do irmão dissipador ou inimigo do testador”.

3. A PROLE EVENTUAL E O DIPLOMA CIVIL DE 2002

Conforme preceito normativo “a sucessão se dá nas formas legítima e testamentária”. A legítima deriva do disposto em lei que irá determinar o destino dado ao patrimônio do “de cujus” desde a abertura a sucessão; e a testamentária por disposição de última vontade em que o indivíduo manifesta-se a propósito do destino dos bens de sua propriedade.

A regra sobre a capacidade passiva para herdar legitimamente ou por meio de ato de disposição de última vontade está cravada no disposto do artigo 1798 do diploma

civil, o mesmo diploma que reza sobre o princípio da coexistência no momento da abertura da sucessão, porém à exceção da regra o inciso I do artigo 1799 dispõe que: “tem legitimidade passiva para suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

O instituto da prole eventual apresentado no inciso I do artigo 1799 do CC/2002 trata apenas da capacidade passiva de herdar por meio de testamento, não se estendendo a sucessão legítima por conta do princípio da coexistência, ou seja, nascidos ou concebidos a época da abertura da sucessão.

Na hipótese apresentada a cerca da prole eventual, após a partilha, os bens serão entregues a um curador que pode ter sido constituído por meio de testamento ou instituído pelo próprio juiz, para administrá-los até o prazo de dois anos, se outro não foi instituído pelo próprio testador. Tendo transcorrido o prazo legal de 2 anos, os bens retornam ao espólio e serão divididos entre os herdeiros legítimos. Repare que há uma série de requisitos para a caracterização do instituto da prole eventual, conforme a análise do artigo mencionado acima, quais sejam: filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, que estejam vivas a época da abertura da sucessão que une-se ao lapso temporal previsto ao teor do § 4º do artigo 1800 do código civil, qual seja dois anos para concepção da eventual prole. Esse prazo é decadencial não permitindo dilação. No âmbito civilista a lei apenas previu a possibilidade de sucessão para pessoas vivas e ao nascituro, porém, em exceção aos ainda não concebidos, e nada menciona quanto ao embrião excedente que por ventura esteja depositado e congelado em clínica médica, para implantação posterior, conforme o contido nos incisos III e IV do artigo 1597 do CC/2002, onde se presume herdeiros filhos nascidos na constância do casamento, quando nascidos por inseminação homóloga, mesmo que o pai esteja morto, porém na atualidade em decorrência da evolução da ciência e as novas técnicas de reprodução assistidas, tendo a garantia de que, ao vincular-se o recebimento da deixa testamentária à concepção de um filho, beneficiar-se o material genético de outra pessoa, não existe mais, pois se o indicado para conceber a prole for estéril pode se utilizar de embrião de outra para conceber o legatário.

Neste aspecto existem discussões doutrinárias acerca da incidência das normas constitucionais nos diversos ramos do direito a serem apresentados no item 9, no sentido da palavra “concepção” se ela seria obrigatoriamente natural ou se pode ser interpretada em sentido amplo, estabelecendo que a concepção se dará no momento da instituição da parentalidade, por exemplo na adoção, como concretização da condição

suspensiva necessária.

Repare que por essência, o diploma civil atual, somente reproduziu o conteúdo do antigo diploma. Toda problemática que cerca a prole eventual está no contexto histórico temporal da vigência do novo diploma, que sob a influência do princípio da constitucionalização do direito pátrio, existem discussões atuais acerca da incidência constitucional no ramo do direito privado, que levanta questionamentos sobre origem da filiação no crivo da concepção, restringindo-a ou ampliando-a na forma prevista pela Constituição Federal.

No que tange a concepção da prole eventual, em sentido estrito, seria apenas na forma natural, pois o art. 1899 do CC/02 aduz que: “quando a cláusula testamentária por suscetível de interpretações diferentes prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”. Nesse sentido ainda insiste o legislador no art. 112, CC/2002, “Nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciadas do que o sentido literal da linguagem.”

Porém em sentido amplo a concepção se daria no momento em que a parentalidade é instituída, no caso por adoção, como o momento de concretização da condição suspensiva necessária a efetivar o direito resguardado. Nesse sentido o art.41 da lei 8.069 aduz que: “a adoção atribui condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” Ainda na mesma conjectura o §6º do art.227 da CF/88 aduz que:” os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmo direitos a qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Façamos, pois uma análise mais aprofundada sobre o instituto da adoção para em seguida entendermos melhor os posicionamentos doutrinários.

4. A ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a mesma legitimou os filhos adotivos, bem como os naturais de forma igualitária de tratamento, introduzindo, portanto, o princípio da isonomia. Conforme aponta o artigo 227, § 6º: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. No mesmo sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente ao

importar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o princípio da prioridade absoluta, visando o melhor interesse da criança e do adolescente, inovou o instituto brasileiro da adoção, haja vista que as legislações detinham uma visão, sobretudo, patrimonialista, o que na legislação vigente fora extirpada a diferença entre filhos adotivos e biológicos. Com o advento da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, houve substancial modificação do regime anterior. Restou revogado o Código de Menores, e foram unificadas as duas formas de adoção que vigiam para uma única forma, a adoção simplesmente, que passou a vigor ao lado daquele regulada pelo Código Civil de 1916. O ECA, por sua vez, definiu que a adoção é medida definitiva de colocação de membro em família substituta, devendo-se priorizar as reais necessidades e interesses da criança ou adolescente, conforme dispõe: “Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Desta forma, assim define o artigo 41 do ECA: “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Como se vê, é uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado (DINIZ).

Sendo sancionado o novo diploma civil, em 10 de janeiro de 2002, e que veio a vigorar no ano seguinte, trouxe da mesma forma que o estatuto da criança e do adolescente, a reafirmação no disposto do artigo 1596 a isonomia constitucional entre os filhos. Segundo Paulo Luiz Neto Lôbo:

A norma constitucional não necessitava de concretização infraconstitucional, porque é dotada de força normativa própria, suficiente e alto- executável. Todavia, sua reprodução no artigo introdutório do capítulo do Código Civil destinado a filiação contribui para reforçar sua natureza de fundamento, assentado no princípio da igualdade, determinante de todas as normas subsequentes. Não se permite que a interpretação das normas relativas a filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre os irmãos e o que concerne aos laços de parentesco. (Lôbo, 2003, p 39-40).

Durante a evolução histórica das sociedades, o conceito e fundamentos da

adoção foram alterados da visão privatista que tinha por essência ser contratual, e passou a ser visto como um instituto de proteção e integração familiar.

Ou seja, o que antes tinha como finalidade dar continuidade a família do adotante, dar filhos a quem não podia ter de forma natural, tornou-se a partir da CRFB/88, ser de interesse do adotado com a busca de uma família para a criança e não mais o contrário.

5. LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA

Reza o diploma civil, sob o princípio da coexistência, que tem em regra, legitimidade sucessória as pessoas nascidas ou já concebidas no momento do evento morte do “de cujus”, quando pelo princípio da saisine é transmitido na totalidade os bens do “de cujus” aos herdeiros legítimos e singular aos legatários. Via de regra a titularidade do direito sucessório pauta-se pelo princípio da coexistência como bem define o legislador: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.” (art.2º do CC), bastando que ao menos respire após a parto para que detenha todas garantias legais sucessórias.

A legislação brasileira optou pelo entendimento médio entre os posicionamentos doutrinários, aos que defendem a posição natalista “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; aos que defendem a posição concepcionista “mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.” (art.2º do CC), eliminado ao tratar da vocação hereditária, o nascido cuja concepção seja posterior a habilitação sucessória. Entendendo-se assim que somente os nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão serão sujeitos capazes do direito sucessório, afastando os que no momento da abertura a sucessão ainda não tenham sido concebidos, entrando nesse rol os embriões gerados in vitro, pois não estão na condição de nascituro enquanto não implantados no ventre materno.

Na contramão da regra sucessória e ao princípio da coexistência, estar o instituto da prole eventual, pois é dado ao dispoente através da disposição de última vontade a faculdade de beneficiar a prole que eventualmente a pessoa indicada pelo testador poderá ter em tempo pré determinado pelo próprio testador ou por prazo legal, (artigos 1799, I e 1800, §4º, ambos do CC).

Diante do instituto da prole eventual, dada a partilha os bens, os legados serão

postos aos cuidados de um curador, que também pode ter sido nomeado no próprio testamento ou nomeado pelo juiz, que os administrará até o nascimento do beneficiado que os receberá com todos os frutos e rendimentos produzidos pelo patrimônio.

Se por ventura a prole eventual não seja concebida no prazo legal, caso outro não tenha sido estipulado pelo de cujus, os bens reservados retornam ao monte mor, e serão partilhados aos herdeiros legítimos.

6. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Faz-se mister elencar que a igualdade além de ser um princípio constitucional é acima de tudo um direito fundamental de todo cidadão listado na carta Magna. Segundo Patrícia Uliano E. Z. de Moura:

“A ciência jurídica, hodiernamente, ressalta a ‘igualdade’ como um princípio e, como tal, deve fundamentar todas as ações humanas; além de elencá-la no rol dos direitos fundamentais.” (MOURA, 2005, p. 54).

Conforme visto repetidamente, neste trabalho, no decorrer do tempo houve significativas mudanças em relação a interpretação do Direito Pátrio num contexto pós CRFB/88. Sob a ótica do princípio da constitucionalização do Direito no todo, segundo Sarmento, a alteração do modelo de Estado liberal para Estado Social, foi determinante para o estabelecimento de novos critérios relacionados com a incidência ou não dos Direitos fundamentais nas relações privadas.

De acordo com Sarmento, no Estado baseado na doutrina liberal existiam dois sistemas para a proteção da liberdade humana:

Na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia de liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites a atuação estatal, com fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. (SARMENTO, 2006, p. 193).

Dessa feita os direitos fundamentais do homem, ganha amparo do Estado, pois ele próprio é garantidor das normas e princípios constitucionais.

Já não se admite mais a figura do Estado absoluto e único destinatário dos direitos fundamentais, pois não impera mais a figura do liberalismo, pois foi superada pelo Estado Social pois: “[...] o Estado Social de Direito reorganiza a atividade estatal em função de finalidades coletivas e, bem por isso, o modelo de Constituição, desde a segunda metade do século XX, é abrangente de normas cujo conteúdo material ultrapassa a mera regulamentação da organização estatal.” (COSTA, 2002, p.624).

Neste sentido Jane Reis Gonçalves Pereira, cita que para superação do liberalismo e a ascensão do Estado Social e intervencionista, outros dois aspectos foram decisivos para a formulação e difusão da tese de que os direitos fundamentais aplicam-se perante terceiros:

De um lado, a constatação de que o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, mas se manifesta no seio da sociedade civil. De outro, a compreensão da Constituição como “ordem de valores da comunidade”, ou seja, como estatuto axiológico que visa ordenar todas as esferas da vida social, razão por que as relações entre pessoas privadas devem também guardar conformidade com os valores nela enunciados. (GONÇALVES PEREIRA, 2006, p. 144-145).

Com base nestas transformações começaram a ser formuladas teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. As primeiras formulações surgiram na Alemanha, na década de cinquenta.

Nesta época surgiram duas teorias: a da eficácia direta/ imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, que postula a incidência *erga omnes* dos direitos fundamentais, e, a teoria da eficácia indireta/ mediata que postula que os direitos fundamentais não são apenas oponíveis contra o Estado, sendo também ordem de valores que irradia efeitos em todos os ramos do Direito, porém não aceita a incidência direta destes nas relações privadas, mas sua observância quando da criação legislativa e na interpretação do direito privado. (GONÇALVES PEREIRA, 2006, p. 161).

Os adeptos da tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais não aceitam a ideia de aplicação direta dos mesmos nas relações privadas por temerem que isto provoque um “total esvaziamento da autonomia privada.” (GONÇALVES PEREIRA, 2006, p. 161).

Neste sentido:

Afirmam os seus defensores que a adoção da teoria rival, da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, importaria na outorga de um poder desmensurado ao judiciário, tendo em vista o grau de

indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos. Neste quadro, seria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, que ficaria a mercê da discricção dos juízes. (SARMENTO, 2006, p. 211-212).

Os adeptos da teoria da eficácia mediata acreditam que “cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar à aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares, estabelecendo uma disciplina das relações privadas que se revele compatível com os valores constitucionais.” (SARMENTO, 2006, p. 213).

Mais recentemente, um segmento da doutrina alemã vem defendendo a teoria dos deveres de proteção. Para esta teoria: “o Estado tem a obrigação não apenas de abster-se de violar os direitos fundamentais, mas também de protegê-los diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive particulares.” (SARMENTO, 2006, p. 236).

Esta teoria, assim como a da eficácia indireta dos direitos fundamentais, defende uma maior atuação do legislativo. No caso dos deveres de proteção: “o legislador privado, como órgão do Estado, encontra-se plenamente vinculado aos direitos fundamentais.” (SARMENTO, 2006, p. 237).

Sendo assim, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, de acordo com a teoria dos deveres de proteção, no caso de ofensa por particulares a direitos fundamentais, o pólo passivo da demanda, seria sempre representado pelo Estado, por não ter cumprido seu dever de proteger, através do estabelecimento de parâmetros infraconstitucionais, os direitos fundamentais. (SARLET, 2006, p. 581).

Como contraponto as teorias aqui apresentadas, é importante citar a doutrina do *stateaction*, doutrina esta criada no direito norte-americano, e que defende a tese da não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. (SARMENTO, 2006, p. 199).

Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 180) assevera que: “Na doutrina constitucional contemporânea, há relativo consenso no sentido de admitir alguma forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas privadas”.

Desta forma, as teorias que negam qualquer vinculação dos particulares aos direitos fundamentais encontram cada vez menos ressonância no ambiente jurídico atual.

No ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com Cláudio Pereira Souza Neto (2006, p. 285), as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata,

conforme o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal. Sendo assim, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata.

Partindo-se da premissa que a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é direta e imediata, é relevante pontuar que esta vinculação não é a mesma que afeta os poderes estatais. Nesse sentido:

[...] o reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais não significa que tais direitos possam ser aplicados nas relações privadas da mesma forma que vigoram nas relações entre cidadãos e Estado. O fato de que os particulares são também titulares de direitos fundamentais, desfrutando de uma autonomia privada constitucionalmente protegida, impõe uma série de adaptações e especificidades na incidência dos direitos humanos no campo privado. (SARMENTO, 2006, p. 270).

Assim, é necessário que sejam estabelecidos parâmetros, fixados limites com relação à forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, entendendo-se que o problema suscitado envolve sempre a ponderação entre dois princípios constitucionais, sendo um deles o da autonomia privada. (SARMENTO, 2006, p. 271).

Daniel Sarmiento destaca quatro fatores primordiais que devem ser considerados nas questões que envolvem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas: a) a existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos; b) se a lide em debate versa sobre questões existenciais ou econômico-patrimoniais, já que a tutela da autonomia privada é mais intensa na primeira; c) se a lesão ao direito fundamental é proveniente de uma decisão heterônoma de outro agente privado ou de um negócio bilateral, que depende do consentimento do afetado; d) e, a necessidade de preservação da pluralidade no âmbito social. (SARMENTO, 2006).

Para este autor, o primeiro fator a ser considerado no momento da ponderação entre o direito fundamental lesionado e a autonomia privada dos particulares envolvidos, é o grau de desigualdade fática entre os envolvidos, pois: “[...] quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber proteção mais intensa [...]”. (SARMENTO, 2006, p. 272).

Além do grau de desigualdade entre as partes como parâmetro para ponderação quando do conflito entre direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, é

necessário levar em consideração o que Daniel Sarmiento (2006, p. 279) chamou de: “função da natureza da questão examinada”, ou seja, se a questão envolvida está na esfera existencial ou patrimonial do indivíduo:

Quando se tratar de hipótese envolvendo decisão de caráter eminentemente econômico-patrimonial, a importância dada à autonomia privada será menor [...]. Já quando a decisão em causa se ligar a alguma escolha em que se manifeste mais intensamente a dimensão afetiva da personalidade, ou quando ela envolver mais profundamente a esfera da privacidade do agente, aí o peso atribuído à autonomia privada na ponderação de interesses terá de ser necessariamente maior. (SARMENTO, 2006, p. 279).

Outro ponto relevante é relacionado ao contexto das relações inter privadas. Quando ocorre lesão a um direito fundamental por decisão unilateral de um agente privado, a incidência dos direitos fundamentais deve ser maior, já quando ocorre com o consentimento do lesado, a incidência dos direitos fundamentais é menor:

Quando o atingido não participa do ato gerador da lesão ao seu direito fundamental está em jogo apenas a autonomia privada da outra parte da relação jurídica. Neste caso, o peso atribuído a autonomia privada é menor. Já quando a vítima empresta seu consentimento ao ato, o que se dá, sobretudo, nos casos envolvendo a aplicação de cláusulas contratuais, torna-se necessário considerar a autonomia da vontade das duas partes envolvidas. Por isso, o peso da autonomia, na ponderação de interesses, tende a ser maior, sobretudo quando se tratar de relação paritária, em que não se presume a falta de liberdade real no ato de renúncia ao exercício do direito fundamental. Nesta situação, é possível discutir até que ponto é legítimo que os direitos fundamentais representem uma proteção da pessoa contra si mesma. (SARMENTO, 2006, 2006, p. 281).

O quarto parâmetro para ponderação, nos casos de lesão a direitos fundamentais nas relações privadas, é destacado tanto por Daniel Sarmiento quanto por Jane Reis Gonçalves Pereira e se refere à preservação da pluralidade no âmbito social, pois: “a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não pode conduzir a uma homogeneização da comunidade, ou seja, é preciso preservar a identidade e as peculiaridades dos diversos agentes sociais.” (GONÇALVES PEREIRA, 2006, P. 189).

Apresentadas as teorias a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas; a defesa, pela maioria dos autores, da incidência direta e imediata dos mesmos no direito brasileiro e a necessidade de aferição de parâmetros para sua utilização quando da ponderação entre direitos subjetivos, analisar-se-á o princípio da autonomia privada, também um direito fundamental, por envolver o direito de liberdade

de cada indivíduo. Existem discussões atuais acerca da incidência constitucional no ramo do direito privado, que levanta questionamentos sobre origem da filiação no crivo da concepção, restringindo-a ou ampliando-a na forma prevista pela Constituição Federal.

No que tange a concepção da prole eventual, em sentido estrito, seria apenas na forma natural, pois o art. 1899 do CC/02 aduz que: “quando a cláusula testamentária por suscetível de interpretações diferentes prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”. Nesse sentido ainda insiste o legislador no art. 112, CC/2002, “Nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciadas do que o sentido literal da linguagem.”

Porém em sentido amplo a concepção se daria no momento em que a parentalidade é instituída, no caso por adoção, como o momento de concretização da condição suspensiva necessária a efetivar o direito resguardado. Nesse sentido o art.41 da lei 8.069 aduz que: “a adoção atribui condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” Ainda na mesma conjectura o §6º do art.227 da CF/88 aduz que:” os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmo direitos a qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Portanto para receber herança ou legado será preciso que o beneficiário seja nascido ou esteja concebido ao tempo da abertura da sucessão, (art. 1.798, CC) ou ainda que coexista a pessoa a que o dispoente quis beneficiar a prole futura, (art.1799, I) que terá sua eficácia pela concepção no prazo legal de dois anos após a abertura da sucessão, caso contrário os bens passará aos herdeiros legítimos, ou não havendo, a herança será considerada vagante.

Em contrapartida ao princípio da autonomia privada, está o direito fundamental da igualdade, especificamente o que tem previsão no artigo 227§6º da CRFB/88, que garante a total isonomia entre todos os filhos independente da filiação da qual se originam, não permitindo qualquer distinção no que diz respeito à filiação:

“A Constituição não faz distinção entre os filhos, qualquer que seja sua origem ou o tipo de relação mantida por seus genitores. Nesse sentido, os filhos a que se refere o inciso I do artigo 1799 são tanto os biológicos como aqueles que vieram ter a família pelos laços do afeto e do coração. (HIRONAKA, 2003, p. 93).”

Portanto, independente da natureza da filiação, todos são reconhecidos em igualdade de condições perante a lei, significando que terão direito ao nome, ao estado de filiação, ao direito a alimentos e ao estado sucessório (VERONESE, 2005, p.202).

Desta forma, a expressão filhos, somente pode ser interpretada à luz dos valores e princípios da Constituição Federal de 1988, relendo-se o texto da seguinte maneira: filhos cuja parentalidade ainda não havia sido estabelecida relativamente às pessoas determinadas pelo testador à época da abertura da sucessão. Logo, não podem ser excluídos da capacidade testamentária passiva especial do art. 1.799, I, do novo Código Civil, os filhos fruto da adoção, da reprodução assistida heteróloga e da posse do estado de filho (GAMA, 2004, p. 213).

Neste contexto o art. 227 §6º da CF/88, consagra absoluta igualdade de direitos entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação.

7. A AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da autonomia privada está presente em todo ato de liberalidade, sendo da essência do negócio jurídico a manifestação de vontade em contratar, comprar e dispor da maneira que lhe a prover o detentor da res. No testamento não poderia ser diferente, pois também é um negócio jurídico unilateral, gratuito e revogável podendo o titular dispor de seus bens da maneira que desejar, desde de que respeitada a legítima. Repare que mesmo dentro das relações privadas existem limitações legais, mas ainda assim permite que o autor da herança tenha a discricionariedade de fazer o que lhe aprouver.

É comum fazermos uma associação do princípio da autonomia privada a meramente aos aspectos negociais, ou seja, autonomia negocial. Nesse sentido tal aspecto, a autonomia privada corresponde: “[...] ao poder de realização de negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial.” (BORGES, 2005, p. 46).

Porém, na atualidade: “a autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem a autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais [...]” (BORGES, 2005, p. 50).

Nesse sentido: “a ideia de autonomia privada é uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade”. (SARMENTO, 2004, p. 175).

A proteção oferecida à autonomia privada na CRFB/88 é ampla, abarcando tanto as liberdades existenciais como econômicas. Neste aspecto, Daniel Sarmiento (2004, p. 214), as liberdades existenciais têm proteção reforçada: “[...] porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade”.

O testamento: “negócio jurídico unilateral e revogável pelo qual uma pessoa faz disposições de última vontade”. (VELOSO, 2003, p. 3), apresenta estes dois aspectos da autonomia privada: o existencial, caracterizado pela liberdade de testar, e o negocial, por ser o testamento negócio jurídico.

No tocante à autonomia privada negocial, devemos entender como a evolução da expressão “autonomia da vontade”, sendo que a primeira, é a expressão mais moderna com relação à realização de negócios jurídicos.

A autonomia da vontade é concebida como princípio norteador na formação dos negócios jurídicos, sendo “[...] o poder de auto-regulamentação dos interesses.” (NANNI, 2001, p. 168).

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

Segundo a teoria da autonomia da vontade, a pessoa se obriga por meio da declaração de vontade, ficando em segundo plano outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido. Essa idéia derivava de uma concepção individualista exacerbada de direito, que considerava o sujeito fora do contexto social. Uma vez declarada a vontade, esta, em geral, teria força de desencadear efeitos jurídicos. (BORGES, 2005, p. 53).

A teoria da autonomia privada, sofre a incidência da legislação, ainda que privada, pois na evolução da autonomia da vontade, não basta que haja apenas a vontade há de se considerar os liames legais que de forma irônica limitam a autonomia de vontade pois: “este nasce, na verdade, de uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que, por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige”. (BORGES, 2005, p. 53).

A autonomia privada no ordenamento jurídico pátrio, se consolidou com a Constituição Federal de 1988:

No ordenamento jurídico brasileiro, a consolidação dessa mudança se deu, de forma mais intensa, com a Constituição Federal de 1988, em que a liberdade sem limites preconizada pelos privatistas clássicos teve suas fronteiras delimitadas pela defesa de outros interesses da sociedade, principalmente pelos objetivos de promover a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento de uma sociedade mais justa (art.

3º da CRFB/88). A liberdade de realizar negócios jurídicos, assim, deve acompanhar valores e visar a objetivos considerados legítimos, o que significa liberdade negocial. (BORGES, 2005, p. 54-55).

Segundo Paulo Bonavides:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado Social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder. (BONAVIDES, 2003, p. 371).

Desta forma, atualmente: “a manifestação de vontade, isoladamente, não tem valor jurídico; só o terá se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a ordem pública, e, como sustenta a maior parte da doutrina, conforme à moral e os bons costumes”. (BORGES, 2005, p. 54).

8. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

“A manifestação de vontade, isoladamente, não tem valor jurídico; só o terá se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a ordem pública, e, como sustenta a maior parte da doutrina, conforme a moral e os bons costumes”. (BORGES, 2005, p. 54).

Com base nas discussões a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas normas infraconstitucionais de direito privado surgem divergências doutrinárias a respeito da possibilidade da prole eventual ser fruto da filiação civil. O legislador, ao atribuir capacidade testamentária passiva à prole eventual, vinculou esta possibilidade à concepção da mesma e ao prazo de dois anos (artigos 1799, I e 1800, §4º, ambos do CC).

Apesar desta referência no texto legal, que se for entendido em seu sentido literal restringe a prole eventual àquele fruto da filiação natural; surgiram divergências doutrinárias a respeito da inclusão ou não da filiação civil no direito garantido pelo instituto.

A divergência está calcada, essencialmente na incidência dos direitos fundamentais nas relações entre privados, já que o direito constitucionalmente garantido da igualdade proporcionaria uma ampliação nas possibilidades do instituto.

O que ocorre, neste caso, é o choque entre dois princípios constitucionais que também são direitos fundamentais de todo cidadão: a autonomia privada e a igualdade:

“O ponto nodal da questão consiste na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a eles vêm de todos os lados, e, de outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana. (SARMENTO, 2006, p. 194-195).”

Em contrapartida ao princípio da autonomia privada, está o direito fundamental da igualdade, especificamente o que tem previsão no artigo 227§6º da CRFB/88, que garante a total isonomia entre todos os filhos independente da filiação da qual se originam, não permitindo qualquer distinção no que diz respeito à filiação:

“A Constituição não faz distinção entre os filhos, qualquer que seja sua origem ou o tipo de relação mantida por seus genitores. Nesse sentido, os filhos a que se refere o inciso I do artigo 1799 são tanto os biológicos como aqueles que vieram ter a família pelos laços do afeto e do coração. (HIRONAKA, 2003, p. 93).”

Como visto, há divergência a respeito do tema, pois os doutrinadores dividem suas opiniões em defesa do princípio da autonomia privada e do princípio da isonomia jurídica nas relações patrimoniais. As correntes doutrinárias dividem-se entre os que repudiam totalmente esta possibilidade; os que a admitem, desde de que expressamente designada pelo testador; os que acreditam que, no silêncio do dispoente, o princípio da isonomia é aplicado automaticamente; e os que defendem a constitucionalização do direito pátrio, aplicando de modo generalizado a todos os casos.

Os que repudiam totalmente a possibilidade da prole eventual ser fruto da filiação civil (SEMIÃO, 2000), e os que aceitam desde que o dispoente expressamente autorize (Washington de Barros Monteiro), adotam o princípio da autonomia privada.

Nesse sentido se posiciona Roxana Cardoso Brasileiro Borges: “A autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem a autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais [...]” (BORGES, 2005, p. 50).

Desta forma: “a idéia de autonomia privada é uma das dimensões fundamentais da noção mais ampla de liberdade”. (SARMENTO, 2004, p. 175).

A proteção oferecida à autonomia privada na CRFB/88 é ampla, abarcando tanto as liberdades existenciais como econômicas. Para Daniel Sarmento (2004, p. 214), as

liberdades existenciais têm proteção reforçada: “[...] porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade”.

O testamento: “negócio jurídico unilateral e revogável pelo qual uma pessoa faz disposições de última vontade”. (VELOSO, 2003, p. 3), apresenta estes dois aspectos da autonomia privada: o existencial, caracterizado pela liberdade de testar, e o negocial, por ser o testamento negócio jurídico. A autonomia da vontade é concebida, pelos doutrinadores mais clássicos, como princípio na formação dos negócios jurídicos, sendo “[...] o poder de auto-regulamentação dos interesses.” (NANNI, 2001, p. 168).

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

“Segundo a teoria da autonomia da vontade, a pessoa se obriga por meio da declaração de vontade, ficando em segundo plano outras circunstâncias nas quais o negócio jurídico estivesse inserido. Essa idéia derivava de uma concepção individualista exacerbada de direito, que considerava o sujeito fora do contexto social. Uma vez declarada a vontade, esta, em geral, teria força de desencadear efeitos jurídicos. (BORGES, 2005, p. 53)”

Com posicionamento diferente, Silvio de Salvo Venosa, abarca que se o dispoente não fizer referência expressa no ato testamentário contrário a concepção civil da prole eventual, será admitida o princípio da isonomia na esfera contratual. Nota-se, porém certa prudência neste posicionamento, pois admite a aplicação constitucional na esfera privada desde que, não se sobreponha a autonomia do testador, ficando desta forma um princípio constitucional atrelado ao princípio privado.

“O testador não fazendo referência (a sua vontade deve ser respeitada), não se faz distinção quanto à filiação: recebem os filhos legítimos ou ilegítimos, isto é, na nova sistemática, filhos provenientes ou não de união com casamento. Afirmava-se que os adotivos não se incluíam nessa possibilidade, a menos que houvesse referência expressa do testador. Contudo entendemos que a evolução da situação sucessória do adotivo não permite mais esta afirmação peremptória. Lembre-se de que houve sucessivas alterações no direito sucessório em favor do filho adotivo. (VENOSA, 2004, p. 151).”

Este doutrinador preserva o princípio da autonomia privada do testador, mas adéqua a aplicação do direito fundamental da isonomia nas relações patrimoniais privadas. Nesse sentido a liberdade individual estaria preservada, permitindo-se que, no caso de omissão, incidisse sobre a relação negocial o direito fundamental. Nota-se que

há preempção na aplicação da autonomia privada em detrimento dos direitos fundamentais.

Na contramão das demais correntes, vêm os que embasam seu posicionamento sob a óptica direta dos princípios constitucionais mesmo nas relações privadas limitando o princípio da autonomia privada em detrimento dos objetivos sociais.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que a leitura da lei tem que se dar interpretando de acordo com os valores e princípios constitucionais:

“A expressão filhos, somente pode ser interpretada à luz dos valores e princípios da Constituição Federal de 1988, relendo-se o texto da seguinte maneira: filhos cuja parentalidade ainda não havia sido estabelecida relativamente as pessoas determinadas pelo testador à época da abertura da sucessão. Logo, não podem ser excluídos da capacidade testamentária passiva especial do art. 1.799, I, do novo Código Civil, os filhos fruto da adoção, da reprodução assistida heteróloga e da posse do estado de filho. (GAMA, 2004, p. 213).”

Guilherme Calmon Nogueira da Gama embasa seu posicionamento sob influência direta dos princípios e direitos fundamentais nas relações privadas:

“Na atualidade, sob influência clara e direta dos princípios e direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, busca-se tratar igual e uniformemente as pessoas dos herdeiros, terminando com privilégios sucessórios e restrições feudais que outrora existiam. Neste sentido, devem-se destacar a efetividade e a aplicabilidade imediata e direta das normas contidas na Constituição federal de 1988 nas relações jurídicas de direito das sucessões – aí inseridas as da sucessão testamentária -, a exigir do intérprete a verificação da validade das normas infraconstitucionais (inclusive as do novo Código Civil) à luz dos valores, dos princípios e das normas constitucionais. (GAMA, 2004, p. 186).”

O autor defende a limitação da autonomia privada em detrimento dos objetivos da República Federativa do Brasil:

“Deve-se destacar, portanto, que a sucessão testamentária fundamenta-se nas interconexões, dos elementos individual e social, já que a pura e simples vontade do testador, desprovida de qualquer ingrediente social, não é suficiente para produzir efeitos jurídicos dignos de tutela. A autonomia da vontade deve adequar-se e se mostrar conforme aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. O reconhecimento da presença dos valores subjacentes à sucessão testamentária significa encampar a funcionalização social do

testamento, em sintonia perfeita com o estágio atual do ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, da constitucionalização do direito civil. (GAMA, 2004, p. 188).”

Este posicionamento reprime o aspecto individualista da expressão autonomia de vontade que não condiz com ordem constitucional vigente.

Giselda Hironaka, a respeito da possibilidade da prole eventual ser fruto da filiação civil, se posiciona da mesma maneira que Guilherme Calmon Nogueira da Gama, e acrescenta:

“Poder-se-ia, isso sim, buscar afastar o filho adotivo da sucessão em que foi indicado, pelo fato de ter sido ele concebido anteriormente à abertura da sucessão. Mas parece que nem mesmo esta possibilidade de exclusão pode prevalecer se atentar ao fato de a lei tentar tutelar, em verdade, pessoas que o testador não conheceu em vida, pessoas estas ligadas pelos laços da filiação a outras que ele indicou. Contemplar os ainda não concebidos representa, para o testador, contemplar os filhos das pessoas que indicou, filhos estes que não conheceu nem conhecerá, quer porque não concebidos, quer ainda porque não adotados antes de sua morte. (HIRONAKA, 2003, p. 93).”

9. CONCLUSÃO

O instituto testamentário tem por essência a manifestação e disposição de última vontade, feitas pelo autor da herança, por meio de testamento. Tal instituto funda-se na liberdade, prevista em lei, do titular de bens, dispô-los para depois de sua morte, conforme aspecto previsto da autonomia privada garantido pela lei maior.

Há de se ressaltar a limitação legal no tocante ao testamento, pois é necessário que se respeite a legítima que por lei é de 50% reservada aos herdeiros necessários.

O instrumento que opera a sucessão testamentária é o testamento, negócio jurídico unilateral, por meio do qual a manifestação de vontade do disponente é expressa.

Por ser um negócio jurídico a manifestação livre de vontade, a sucessão testamentária apresenta exceções no âmbito geral do direito sucessório, sendo uma delas o instituto da prole eventual. Que se caracteriza pela capacidade sucessória passiva dos filhos ainda não concebidos, das pessoas indicadas pelo testador. Sob a hermenêutica privada a expressão filhos abarcaria tão somente os filhos naturais, porém quando se avalia num contexto isonômico constitucional que consagrou a igualdade entre os filhos independente de sua origem, sejam havidos na constância do casamento ou não, ou por adoção.

Para tanto, a concepção citada no artigo 1799, I, do CC, seria o momento em que a parentalidade é estabelecida com o terceiro designado, já que com relação à filiação, existe total isonomia. Várias teorias foram formuladas a respeito de como se daria a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo adotada pela maioria dos doutrinadores a da eficácia direta/imediata dos mesmos nas relações privadas.

Por ser o testamento, a manifestação da liberdade individual do testador tanto no seu aspecto negocial quanto existencial, entende que existe divergência acerca do tema e entende pela sobreposição do social em função do privado, ou seja, a interpretação do direito pátrio se dá nos parâmetros constitucionais e em caso de colisão que se prevaleça a constituição em seu sentido social.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2007.

_____. Lei n.º 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/leis/L8069.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2007.

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *táxis*: A boa-fé nas relações de consumo. In: COSTA, Judith Martins. (Org.). **A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, G; PEREIRA, R. (Coord). **Direito das sucessões e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 181-228.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional - ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, (arts 1784 a 1856).** São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial.** São Paulo: Atlas, 2003. v. XV.

MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. **A finalidade do princípio da igualdade: A nivelção social - Interpretação dos atos de igualar.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: A concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de autonomia privada.** Curitiba: Juruá, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, M.; PEREIRA, R. (Coord.). **Direito de família e o novo Código Civil.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lôbo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional - ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro** : aspectos cíveis, criminais e o biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional -ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao código civil: parte especial – do direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

_____. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilos; formas especiais. In: HIRONAKA, G; PEREIRA, R. (Coord). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 117-179.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. VII.

VERONESE, J; OLIVEIRA, L. Adoção de crianças e adolescentes no Brasil: As inovações (?) do novo Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (COORD.) **Adoção:** aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.