

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Mateus Rigo Longo

O ROMPIMENTO DO TESTAMENTO E A REDUÇÃO
DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS: UM
CONFRONTO NECESSÁRIO PARA GARANTIA DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

PASSO FUNDO

2015

Mateus Rigo Longo

O ROMPIMENTO DO TESTAMENTO E A REDUÇÃO
DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS: UM
CONFRONTO NECESSÁRIO PARA GARANTIA DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Passo Fundo, como parte do requisito para obtenção ao título de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Me. Vitor Hugo Oltramari.

PASSO FUNDO

2015

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar sempre me guiando na caminhada, dando força e coragem para superar os obstáculos.

A minha família, meu pai Alberto, minha mãe Rossandra pela educação que recebi e por jamais deixarem de apoiar meus estudos sempre fornecendo toda a ajuda necessária, além de minha irmã Eduarda que sempre está ao meu lado.

A minha namorada Juliane, a qual sempre se colocou à disposição para me escutar nos momentos em que precisava e entender nos momentos de dificuldade, além do apoio e carinho que sempre me deu.

Ao meu dindo Derli, que sempre se mostrou disposto a ajudar e dar conselhos pela experiência que adquiriu ao longo de sua caminhada na profissão.

Professores e mestres, pelo conteúdo ensinado, pela cobrança exercida ajudando a formar o meu caráter e moldando-me profissionalmente. Em especial ao meu orientador Vitor Hugo Oltramari, o qual mais do que todo o aprendizado que passou tornou-se um amigo e exemplo que quero seguir pela dedicação e humildade que sempre demonstrou.

Aos meus colegas pela ajuda durante a faculdade, os quais irei levar para além da sala de aula, pois se tornaram amigos que posso contar.

Em geral, a todos que de certo modo, ajudaram nessa caminhada.

Meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

O tema motivo de estudo e pesquisa aponta vários elementos a serem considerados pelo Direito. Primeiramente, no Direito das Sucessões, o testamento objetivando equilibrar a vontade do testador com a proteção à família, a par de que o rompimento do testamento, devido ao aparecimento de herdeiro necessário sem o conhecimento do testador, invalida o testamento. Contrariamente existe a defesa de que é possível reduzir disposições testamentárias, garantindo o direito à legítima. E o terceiro aspecto apontado procurou confrontar e buscar soluções para os conflitos existentes, sob os princípios constitucionais. Analisa-se a jurisprudência atual observando que o Superior Tribunal de Justiça está deixando de lado o legalismo e interpretando principiologicamente a matéria, de maneira individual e concreta. Também a diferenciação da interpretação e aplicação das normas, na busca do equilíbrio dos direitos fundamentais utilizando a redução das disposições testamentárias ao invés do rompimento do testamento para preservar, tanto a proteção a família como a autonomia da vontade do testador.

Palavras-chave: Legítima. Redução das disposições testamentárias. Rompimento do testamento. Validade do testamento.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	DO ROMPIMENTO DO TESTAMENTO	7
2.1	Revogação presumida: a suposição da vontade do testador	7
2.2	Hipóteses de cabimento e descabimento do rompimento do testamento.....	9
2.3	A ineficácia do ato de última vontade.....	14
3	DA REDUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS.....	16
3.1	Legítima: evolução, extensão, justificativa e cálculo	16
3.2	A redução como garantia da legítima dos herdeiros necessários e seu cabimento..	19
3.3	O ato de última vontade com restrição, mas eficaz	23
4	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS E O CONFLITO DOS INSTITUTOS DO ROMPIMENTO DO TESTAMENTO E DA REDUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS.....	25
4.1	Os princípios constitucionais	25
4.1.1	Princípio da Liberdade	26
4.1.2	Princípio da Igualdade	27
4.1.3	Princípio da Autonomia da Vontade	28
4.1.4	Princípio da Razoabilidade	29
4.1.5	Princípio da Proporcionalidade	32
4.2	Aplicabilidade dos princípios na busca do equilíbrio dos institutos em debate	36
4.3	A visão jurisprudencial e as novas perspectivas para o tema	43
5	CONCLUSÃO.....	47
	REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, em seu instituto da legítima, visa equilibrar o direito do testador de expressar a sua vontade com o direito dos herdeiros necessários na proteção à família. Isso pode ser comprovado, pois a legítima garante aos herdeiros necessários a metade da totalidade dos bens do testador, enquanto o mesmo pode testar a outra metade. Caso ultrapasse a parte que poderia dispor será aplicada a redução das disposições testamentárias.

Contudo, dentro do instituto da sucessão há o rompimento do testamento, que respeita e defende apenas a proteção à família e desconsidera a autonomia da vontade do testador no momento em que rompe o testamento em todas as suas disposições quando herdeiros necessários, que eram desconhecidos ou ignorados pelo testador, aparecem após a realização e execução do testamento.

A observância deste desequilíbrio na aplicação e defesa dos direitos em questão farão o foco desta pesquisa, procurando analisar tanto o rompimento do testamento como a redução das disposições testamentárias, confrontá-los e aplicar princípios constitucionais para solucionar este confronto.

A metodologia utilizada para a elaboração do presente trabalho foi bibliográfica em que se pode confrontar a teoria doutrinária e jurisprudencial, com os princípios constitucionais a fim de atingir os objetivos propostos, ou seja, de analisar o rompimento do testamento e a redução das disposições testamentárias, confrontando-os entre si e com os princípios constitucionais.

O primeiro capítulo tratará do rompimento do testamento no direito sucessório, o qual invalida o testamento em decorrência do surgimento de um herdeiro necessário desconhecido ou ignorado pelo testador em momento posterior a realização do ato de última vontade.

Com o rompimento, torna-se ineficaz todo o testamento, como se o ato de última vontade não tivesse sido realizado, sendo assim a sucessão legítima será restaurada integralmente.

No segundo capítulo será analisado a redução das disposições testamentárias, confrontando com o rompimento em relação a validade do ato de última vontade, pois na redução o testamento permanece válido, apenas sendo restrito à parte disponível do testador, não ultrapassando a metade que é de direito dos herdeiros necessários.

Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade de seu patrimônio, sendo a outra parte, a legítima. Mas, ocorrendo excesso, por desconhecimento, por diminuição ou desvalorização do patrimônio; fatores alheios à sua própria vontade, independente de qual das situações, dever-se-á ajustar a legítima, e para isso há a redução das disposições testamentárias.

No terceiro capítulo ao confrontar as normas, os princípios da liberdade, igualdade, autonomia da vontade, razoabilidade e proporcionalidade serão estudados e aplicados ao caso concreto, buscando solucionar o conflito existente.

Pelo princípio da liberdade, o qual evidencia que o homem necessita de liberdade para desenvolver suas capacidades e formar seu caráter, será demonstrado sua força como direito fundamental que é do ser humano.

Também será analisado o princípio da igualdade que tem como finalidade instituir um Estado igualitário, se constituindo em um direito fundamental ligado a ideia de Estado Democrático em respeito à dignidade da pessoa humana.

O princípio da autonomia da vontade será visto como meio de garantir a própria liberdade da pessoa humana e como poder de autogovernar-se, de evocar a liberdade de escolhas e a forma de regular seus interesses, garantindo-se a própria dignidade humana com a defesa de direitos personalíssimos.

O princípio da razoabilidade diretamente ligado a busca pelo que é justo, estará presente, mesmo que não previsto de forma expressa, na Constituição Federal de 1988, associado à ideia do devido processo legal. Será utilizado para analisar as normas e a sua aplicação na defesa dos direitos que as cercam.

Também o princípio da proporcionalidade que está vinculado às garantias fundamentais, será trabalhado para que as mesmas sejam respeitadas. Sempre verificando a relação meio e fim, a necessidade de um para o alcance de outro, de forma a buscar o meio mais favorável para obter o fim desejado.

E, por fim, com a análise da norma e aplicação dos princípios constitucionais será apresentada a jurisprudência atual e seu posicionamento frente ao conflito entre os dois institutos em análise e estudo.

2 DO ROMPIMENTO DO TESTAMENTO

No Direito das Sucessões os herdeiros necessários são privilegiados quanto ao direito de suceder. Tanto é verdade que, há casos em que não é respeitada nem a parte disponível que, de direito, é permitida para o *de cujus* testar. Esse é o caso do rompimento do testamento, segundo o qual nos casos em que o testador não tem herdeiros necessários no momento em que testa, mas após feito o mesmo aparecendo herdeiro necessário que o testador não sabia da existência, a lei rompe o testamento na sua totalidade.

Conforme Roberto Senise Lisboa, rompimento do testamento é “forma de extinção de negócio jurídico unilateral de disposição de última vontade pelo desconhecimento da existência de outro herdeiro” (2009, v. 5, p. 418).

Para o melhor entendimento deste instituto, segue nos subtítulos abaixo o estudo esmiuçado do assunto.

2.1 Revogação presumida: a suposição da vontade do testador

O rompimento do testamento é também chamado de revogação presumida, isso em função da presunção de que o testador não teria disposto seus bens, ou não teria feito da forma como o fez, se o mesmo tivesse descendente, ou se de sua existência não ignorasse (VELOSO, 2003, v. 21, p. 367).

Apesar de o rompimento também ser conhecido como revogação presumida, existe uma distinção básica entre os dois institutos, na revogação o ato de vontade é resultante do próprio testador, enquanto que no rompimento, é resultado da superveniência do conhecimento da existência de descendentes à declaração de última vontade (NADER, 2007 apud PENA JR, 2009, p. 269).

Outra diferença é que “o rompimento é sempre total, enquanto a revogação pode ser total ou parcial” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, v. 4, p. 831).

Para que ocorra o rompimento, a lei presume que o testador modificaria sua vontade caso soubesse deste herdeiro necessário. É trabalhado com a presunção de que poderia vir a ocorrer com a existência de novos fatos após o testamento ter sido feito pelo testador.

Com relação à importância da presunção para o rompimento, comenta Maria Berenice Dias:

Quando o testador dispõe dos bens antes de ter, ou antes de saber que tem herdeiros necessários, pressupõe a lei que, sabedor de tal circunstância, seria diferente a sua declaração de última vontade. [...] Como o testamento é manifestação de vontade voltada para momento posterior, se, durante este íterim, houver algum fato modificativo da situação sobre a qual se assentou o testamento, crê a lei que diferentes teriam sido as disposições se o testador soubesse da nova situação (2011, p. 486 - 487).

A presunção é característica essencial para que ocorra o rompimento do testamento. No momento em que não for presumível que o testador modificaria a disposição de seus bens com o conhecimento de um herdeiro necessário o rompimento está descaracterizado e não pode acontecer (BENETI, 2012).

É importante ressaltar que a causa para o rompimento é externa com relação à vontade do testador, ou seja, sabendo ele da existência de descendente sucessível, não iria dispor de seus bens como o fez (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, v. 4, p. 831).

Em uma possível situação de prever a superveniência da prole, o testador teria realizado suas disposições testamentárias de forma diversa. Essa mudança de postura está ligada diretamente com os sentimentos mais estreitos em relação aos filhos e netos, que faria com que o testador os colocasse em uma ordem de preferência frente aos demais herdeiros (RIZZARDO, 2008, p. 523).

Na mesma linha, segundo Maria Berenice Dias:

A figura do rompimento tem um componente de natureza ética. Presume o afeto e o senso de responsabilidade do testador para com os seus herdeiros necessários. Parte da crença de que ele só fez o testamento por não ter a quem deixar seus bens. Ou seja, presume um sentimento nobre do testador. Tanto é assim, que ele nem precisa se manifestar. A lei, em seu lugar, destrói o testamento, ainda que o testador esteja vivo quando do surgimento do herdeiro (2011, p. 487).

Deve-se ressaltar que o rompimento independe da vontade do testador. É a lei que determina, em função de presumir que a vontade do mesmo seria modificada se soubesse ele da existência deste herdeiro necessário, podendo-se chamar de uma homenagem prestada à presumida vontade do testador em alterar sua disposição (MONTEIRO, 2009, V. 6, P. 259-260).

Sendo herdeiro necessário, não importando o grau, podendo ser descendente, ascendente ou cônjuge, e enquadrando-se nas hipóteses previstas no Código Civil, a lei presume a mudança de vontade do testador, ou seja, que o mesmo não iria dispor da forma como o fez, e com isso deve ocorrer a ruptura do testamento (VENOSA, 2011, v. 7, p. 351-352).

Esta presunção estabelecida para o rompimento do testamento não é absoluta, mas é *iuris tantum*, ou seja, admitindo-se por parte daquele que possui interesse jurídico a produção de provas que provem o contrário do que é presumido (LISBOA, 2009, v. 5, p. 418).

Diante do exposto, conclui-se que o rompimento do testamento ocorre pela presunção da lei de que o testador não realizaria testamento ou o faria de forma diferente se soubesse da existência de herdeiro necessário que não sabia ou não o conhecia no momento que testou. A presunção é requisito necessário para aplicação do rompimento.

2.2 Hipóteses de cabimento e descabimento do rompimento do testamento

Após a análise de que para o legislador civilista a presunção é implícita para o rompimento no momento em que entende que o testador modificaria seu testamento sabendo da existência de um descendente, passa-se a outro ponto relevante, o das hipóteses em que o rompimento é possível.

O rompimento só irá se configurar após terem sido apuradas as suas causas, e isso, só no momento da morte do testador. O testamento, sabidamente, não produz qualquer efeito antes do evento morte. Desta forma não é jurídico falar de rompimento até o acontecimento (VELOSO, 2003, v. 21, p. 374).

No ordenamento jurídico brasileiro, há duas hipóteses legais que determinam o rompimento do testamento. A primeira está presente no artigo 1973 do Código Civil¹, com referência ao descendente sucessível que sobreveio ao testador, tanto abrangendo o nascimento de filho seu, o reconhecimento de filhos adotivos e de filhos nascidos fora do casamento. Já a segunda hipótese está prevista no artigo 1974 do mesmo código², que se refere à ignorância da existência de herdeiros necessários, abrindo-se o leque para ascendentes e cônjuge, podendo mudar a possibilidade de disposição do patrimônio do testador (LEITE, 2011, v. 6, p. 275).

As causas que determinam a ruptura do testamento são: o nascimento de descendente sucessível, após ter sido feito o testamento, independentemente se for filho, neto ou bisneto e o aparecimento de descendente, do qual o testador não sabia a existência ou pensava que o mesmo já era falecido. A doutrina admite a ruptura mesmo quando, de forma voluntário ou

¹ Art. 1.973: Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

² Art. 1.974: Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

judicial, é reconhecida a filiação ou é efetivada a adoção, em tempo posterior ao testamento (VELOSO, 2003, v. 21, p. 367).

Com referência ao nascituro é relevante observar se o testador, no momento em que realizou seu ato de disposição de última vontade, sabia ou não que estava concebido o seu descendente. No caso de não saber da simples concepção, o testamento também é rompido (GONÇALVES, 2012, v. 7, p. 460).

O desconhecimento de filho não provido de casamento também rompe o testamento. O exemplo de Fábio Ulhoa Coelho é esclarecedor. Veja-se:

Imagine que o testador desconhecia que era genitor de um rapaz. Engravidara, na juventude, uma moça que preferiu nunca lhe contar sobre o filho. Não tinha outros herdeiros necessários e, por isso, testou a totalidade de seus bens para uma instituição de caridade. Morreu sem saber que havia feito descendência. Esse rapaz pode, provando a relação biológica de filiação, ingressar com a petição de herança, na qual será declarado o rompimento do testamento (2011, v. 5, p. 317).

Já quanto à adoção, caso o testador tenha adotado o filho após fazer o testamento, fica implícita a revogação do testamento. Em contra partida, se o testador acautelou-se, tendo disposto apenas a parte disponível e tendo previsto as hipóteses de rompimento, permanece válido o testamento (VENOSA, 2011, v. 7, p. 352).

Outra hipótese que pode vir a acarretar o rompimento é a do testador, no momento da disposição, ignorar a concepção e existência de um filho, ou ainda imaginar de forma enganada que houvesse morrido seu descendente. Descobrimo-se depois de testado o engano, ocorre o rompimento automático, *ex vi legis*, do testamento (GONÇALVES, 2012, v. 7, p. 459).

Há de se ter o cuidado com esta hipótese que se refere à ignorância do herdeiro necessário. Isso em decorrência de que o testador pode conhecer o descendente e mesmo sabendo disso ignora-o no momento de testar. Com isso não se romperá pelo fato do testador conhecer e saber da existência do herdeiro necessário, ocorrendo apenas a redução das disposições testamentárias.

Zeno Veloso sobre a ignorância do herdeiro necessário, aprofunda:

É a preterição do descendente sucessível, não por si mesmo, mas em razão de o testador *ignorar* a existência do herdeiro necessário, o que faz incidir o art. 1973. Se se fosse determinar – sempre, automaticamente – o rompimento do testamento, em decorrência de reconhecimento judicial ulterior de filho que o disponente não referiu nem contemplou, mas que ele já conhecia, de cuja existência sabia ao tempo em que fez o testamento, a situação deste filho seria melhor do que a dos filhos havidos do casamento, pois, na mesma hipótese, o filho do testador, havido das relações que ele teve com sua esposa, filho, portanto, de cuja existência sabe, não poderia pleitear a rupção do testamento que não o menciona e cujas disposições abrangem todo o acervo do testador. Só poderia o descendente preterido pleitear a redução das disposições testamentárias (2003, v. 21, p. 371).

Quando se fala da circunstância de o testador conhecer ou não seu descendente, não se tratará aqui do conhecimento pessoal como ciência da existência do indivíduo. O que importa é a convicção por parte do testador de que existe o herdeiro sucessível, pois será a ignorância a esse fato, do herdeiro titular de direito, que resultará no rompimento do testamento (VELOSO, 2003, v. 21, p. 372-373).

Outro fator de grande relevância para ocorrência do rompimento é o fato de o testador saber ou não da existência do herdeiro necessário no momento da elaboração do testamento. Fica claro a importância com a seguinte colocação: caso o descendente já houvesse sido gerado antes da realização do ato de última vontade, e o testador não sabia disso, rompe-se o testamento. Já, em contra partida, sabendo o testador da gravidez e mesmo assim testou sem contemplar o nascituro, o testamento é válido e não será rompido, reduzindo-se as disposições até a metade para respeitar a legítima do herdeiro necessário (DIAS, 2011, p. 490).

A razão principal do rompimento do testamento é a ignorância do testador frente a existência do herdeiro. Mas, contudo, sabendo o testador, ao testar, da existência do filho, e mesmo assim não o menciona nem mesmo o contempla, não será o caso de aplicar o artigo 1973 do Código Civil. As razões que determinam o rompimento não se enquadram neste contexto, ou seja, não haverá revogação ficta do testamento, pois não há hipótese legal (VELOSO, 2003, v. 21, p. 370).

Ainda, para que o rompimento ocorra, deve o herdeiro sucessível sobreviver ao testador. Ou seja, vindo a falecer o herdeiro necessário antes do testador, o testamento permanecerá eficaz em todas as suas disposições, com a exceção de que se o herdeiro necessário tiver deixado prole, ainda poderá ocorrer o rompimento, dada a possibilidade de sucessão por representação (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, v. 4, p. 833).

Acontecendo de o descendente falecer antes do ascendente autor do testamento, e este descendente não houver deixado prole, o rompimento não será concretizado, mesmo que

anteriormente havia causa para a ocorrência (CAHALI; FERNADES; HIRONAKA, 2007, v.6, p. 315).

Arnaldo Rizzardo, completa o esclarecimento do que é necessário para configurar o rompimento do testamento, com a exposição de três pressupostos básicos para a sua ocorrência:

I – que o herdeiro necessário sobreviva ao testador; II – que não era ele conhecido do testador, não sabendo este de sua existência, quando do testamento; III – que o herdeiro necessário não sobrevenha ou se torne conhecido após feito o testamento, e antes da morte do testador, o que envolve, também a adoção e o reconhecimento de filiação. Realmente, se o reconhecimento e a investigação da paternidade ocorrem em vida do investigado, tornou-se conhecido o herdeiro. Não havendo a revogação ou alteração do testamento, é porque efetivamente pretendeu o testador beneficiar algum herdeiro (2008, p. 525).

Depois de expostas as hipóteses de cabimento do rompimento do testamento, bem como das exceções de quando haverá ou não a possibilidade, alguns exemplos podem ser dados para um melhor esclarecimento.

Zeno Veloso, de forma simples e direta, demonstra melhor entendimento das causas de possibilidade ou não do rompimento:

[...] a) o testador não tem herdeiros necessários, e lhe sobrevém um descendente, inclusive por adoção posterior: o testamento se rompe (*RT*, 158/548, 163/649, 360/145, 414/135, 427/86; *RF*, 154/165); b) o testador tem um filho adotivo e adota, posteriormente, outro filho: o testamento não se rompe (*RTJ*, 84/597); c) o testador tem um filho, que conhece, nascendo-lhe, depois, outro descendente: o testamento não se rompe (*RT*, 166/245, 189/562, 289/827); d) o testador supõe ter um filho, mas na verdade, tem dois, e o segundo, posteriormente, aparece: o testamento não se rompe; e) o testador presume que seu único filho está morto e ele, depois, aparece: rompe-se o testamento (*RT*, 248/268); f) o testador não sabe que a mulher está grávida, e nasceu-lhe, depois, o filho: rompe-se o testamento (*RT*, 352/107); g) o testador sabe que a mulher está grávida e o filho nasce, posteriormente: o testamento não se rompe (*RTJ*, 83/677); h) o testador ignora a existência de filho extramatrimonial, que é, posteriormente reconhecido – quer em vida, quer depois da morte do testador: rompe-se o testamento; i) o testador não ignora a existência do filho, que é, depois, reconhecido: o testamento não se rompe. (*RT*, 78/553, 122/255, 132/718, 148/622) (2003, v. 21, p. 373).

Para que o rompimento do testamento possa ocorrer, estas hipóteses devem estar explícitas no caso concreto, pois a partir delas é que poderá haver a ruptura do testamento.

Com a análise realizada referentemente às causas que podem ensejar o rompimento do testamento, passa-se a examinar as situações em que não cabe o rompimento do testamento.

Está previsto no artigo 1975 do Código Civil³ situação em que não cabe o rompimento, e o que determina isso é o testador ter conhecimento ou não da existência deste herdeiro necessário. O saber ou não saber do mesmo.

O testador pode, por direito seu, testar até a metade de seu patrimônio sem contemplar seus herdeiros necessários desde que tenha conhecimento dos mesmos, os quais não poderão romper o testamento, pois o mesmo é válido, tendo apenas que respeitar a legítima que é de direito dos herdeiros necessários (VENOSA, 2011, v.7, p. 352-353).

O reconhecimento da filiação, sendo voluntário ou judicial, realizado depois de feito o testamento, nem sempre irá resultar no rompimento do ato de última vontade. Conforme Zeno Veloso, “tudo se resumirá numa questão de prova – às vezes árdua e difícil: apurar se o disponente, quando testou, *sabia ou não sabia* da existência do filho” (2003, v. 21, p. 369, grifo do autor).

Mais do que saber ou não saber, fica evidente de que o rompimento não é absoluto quando a ação de investigação é proposta ainda em vida do investigado, pois mesmo com a vitória do investigante não poderá romper o testamento que não o contempla, dado o conhecimento da sua existência. Tendo o filho sido reconhecido na sentença, a mesma lhe dá o direito à legítima. Mas, contudo, tendo uma atitude indiferente por parte do pai, mostra que o mesmo não alteraria seu testamento para proporcionar ao filho um benefício excessivo. O que restaria ao filho seria apenas a legítima, que é de direito sua (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 270).

Além disso, é válido ressaltar também que a superveniência de descendente sucessível só será causa de rompimento de testamento nos casos em que o autor da herança não tiver nenhum herdeiro desta classe. Já, por outro lado, havendo pelo menos um herdeiro que o autor da herança saiba e mesmo assim testa a parte disponível, a superveniência de outro descendente não irá acarretar o rompimento do testamento. Neste caso, com o nascimento ou aparecimento de outro herdeiro necessário, será dividido entre eles a legítima, não se alterando a parte disponível testada (GONÇALVES, 2012, v. 7, p. 458-459).

Já possuindo herdeiros necessários o testador, fica evidente que a presunção da vontade do mesmo em modificar seu testamento não existe; é ausente, o que descaracteriza o rompimento mesmo com o aparecimento de novo herdeiro necessário daquele que testou anteriormente ao seu conhecimento (BENETI, 2012).

³ Art. 1.975: Não se rompe o testamento, se o testador dispuser de sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência sabia, ou quando os exclua dessa parte (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

Uma questão controversa quando se fala em rompimento do testamento é dos casos de adoção, pois em princípio, o filho adotado posterior à realização do testamento acarretaria o rompimento do mesmo, isso porque se presume que o testador não iria dispor de seus bens se soubesse que iria adotar alguém. Contudo, quando mesmo antes da sentença de adoção, ao realizar o testamento, o *de cujus* manifesta a vontade de adotar o menor e mesmo assim dispõe de todos os seus bens, não é com a sentença da adoção que caducará o testamento, apenas será imposta a redução das disposições testamentárias para que o herdeiro necessário tenha a legítima assegurada (BENETI, 2010).

Mas, como dito, é matéria de divergência entre doutrinadores; há os que dizem que o testador deveria alterar o testamento, pois não alterando caracterizaria o rompimento, beneficiando o adotado com a totalidade de seus bens (ANDRIGHI, 2010).

O filho proveniente de inseminação artificial ou fertilização assistida que tenha sido gerado após a morte do testador se o mesmo não contemplou expressamente deste ato não pode ser considerado para ocorrência da ruptura do testamento (VENOSA, 2011, v. 7, p. 352).

A disposição da lei, ao mesmo tempo que, visa a proteção da família, também visa preservar a vontade do testador, por isso a interpretação de um testamento, deve-se dirigir para a busca da real vontade do testador e assim alcançar a sua finalidade. Desta forma, para ensejar no instituto do rompimento do testamento, o que tornaria inválido o testamento e a vontade do testador inexistente, deve-se ter caracterizado efetivamente uma das hipóteses de ocorrência do rompimento, caso isso não venha a ocorrer não poderá incidir no rompimento do testamento e o mesmo permanecerá válido e lícito (FURTADO, 2010).

Desta forma, é possível ver que o rompimento do testamento não é absoluto, ou seja, não é aplicado em todos os casos, deve ser analisado cada caso com suas particularidades.

2.3 A ineficácia do ato de última vontade

Ainda no estudo do rompimento do testamento, não se poderia deixar de comentar uma de suas consequências, que é a ineficácia do ato de última vontade, como se o testador não o houvesse feito.

Esta consequência está presente, de forma expressa, em trecho do artigo 1973 do Código Civil, segundo o qual “rompe-se o testamento em todas as suas disposições”, tornando-o inválido de forma total, não havendo possibilidade alguma de ser apenas parcialmente admitido (PORTANOVA, 2011).

Com a ocorrência do rompimento o testamento perde a sua validade, desaparecendo seus efeitos de forma total (PENA JR, 2009, p. 269).

Conforme Arnaldo Rizzardo, “no rompimento, o ato de vontade fica roto, cai completamente, não surtirá efeitos [...] não se revoga unicamente a parte disponível, mas todo o testamento, em face de pressuposto de que, havendo descendente, todo o patrimônio deixaria a ele o testador” (2008, p. 522-524).

O surgimento de herdeiro necessário causa a ineficácia de todo o testamento. Esta é a regra. Dessa forma, nenhuma disposição feita pelo testador em seu ato de última vontade será eficaz quando ocorrer o nascimento de um descendente ou quando surgir herdeiro necessário. Tudo caduca, nem a parte disponível será mais válida (DIAS, 2011, p. 492).

Assim, deve-se observar que com o rompimento não se torna ineficaz apenas a parte disponível, mas sim todo o testamento, em face da presunção de que tendo herdeiros necessários o testador deixaria para ele o seu patrimônio ao invés de testar para outrem (GONÇALVES, 2012, v. 7, p. 461).

Como se vê, vindo a ocorrer qualquer das hipóteses de cabimento do rompimento, tornará ineficaz todo o testamento. Segundo Zeno Veloso:

O ato de disposição de última vontade é nenhum; tudo cai: instituição de herdeiros, legados etc. Restaura-se, integralmente, a sucessão legítima. [...] O rompimento do testamento ocorre, inexoravelmente, *ope legis*. O testamento não se cumpre; e não se cumpre totalmente (2003, v. 21, p. 367-370).

Não haverá saldo da eficácia do instrumento de testamento, ocorrendo qualquer das hipóteses do rompimento, tudo o que o testador dispôs em seu testamento será desconsiderado integralmente e destruído, com isso, será restaurado, de forma plena, a sucessão legítima (CAHALI; FERNADES; HIRONAKA, 2007, v.6, p. 313-314).

A ineficácia do ato de última vontade do testador é a grande consequência no momento em que acontece o rompimento do testamento, pois não é respeitado em nenhuma forma o que dispôs sobre seus bens. Tudo torna-se inválido, como se o mesmo nem tivesse testado.

Contudo, mesmo a doutrina sendo enfática quanto à ineficácia do ato de última vontade, atualmente a jurisprudência entende de forma diferente, podendo ocorrer o rompimento de forma parcial. Essa divergência será analisada no terceiro capítulo.

3 DA REDUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Outro instituto dentro do direito das sucessões que defende os herdeiros necessários é a redução das disposições testamentárias. Este instituto garante o direito à legítima, não deixando que a parte disponível, testada pelo *de cuius*, ultrapasse a metade.

Segundo Maria Helena Diniz, a redução das disposições testamentárias tem “a finalidade de assegurar a intangibilidade da quota legitimária do herdeiro necessário” (2011, v. 6, p. 292).

Nos subtítulos abaixo, será aprofundado o estudo para a melhor compreensão do instituto.

3.1 Legítima: evolução, extensão, justificativa e cálculo

Na época do império, o que vigorava era a plena liberdade de testar, onde o testador poderia deixar seus descendentes, ascendentes e até mesmo cônjuge sem parte alguma do monte de sua herança. Já ao passar dos anos, mais precisamente em tempos de República, o julgamento referente à plena liberdade de testar começou a ser desfavorável, ou seja, aos parentes próximos que eram ignorados no testamento foi admitida a *querela inofficiosi testamenti*, que era ação para estes parentes excluídos sem motivação (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 234).

Na sequência da evolução, ocorreu uma nova reforma, feita por Justiniano, com relação aos critérios utilizados nesta matéria. Com essa alteração ficou proibida a exclusão dos descendentes, com exceção dos casos motivados por grave ingratidão e ainda assim deviam ser comprovados (GONÇALVES, 2012, v. 7, p. 439).

Com isso, surgiu a noção da legítima que é a parte dos bens deixada pelo *de cuius* pertencente aos herdeiros necessários; os parentes mais próximos. A legítima equivale à metade destes bens e é assegurada para estes herdeiros.

Conforme o artigo 1.846 do Código Civil⁴, constitui a legítima a metade dos bens deixados pelo *de cuius*, os quais são de pleno direito, pertencentes aos herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes e cônjuge (RODRIGUES, 2003, v. 7, 231).

⁴ Art. 1.846: Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

Taxativo também é o artigo 1.789 do mesmo código⁵, segundo o qual o testador não poderá dispor mais da metade de seus bens, se o mesmo tiver herdeiros necessários, pois a eles pertence (GONÇALVES, 2012, v. 7, p. 437).

Desta forma, nos casos em que o testador tem herdeiros necessários, não poderá testar mais da metade de seu patrimônio, ficando a outra metade assegurada, pela lei, aos herdeiros necessários. Essa metade, a eles garantida, é o que constitui a legítima (VENOSA, 2010, v. 7, p. 331).

Na mesma linha, Zeno Veloso também apresenta a legítima e como a mesma deve ser respeitada mesmo contra a vontade do testador:

O que o testador liberalizou além do que podia fazer, ou seja, o que dispôs sobrepujando a quota disponível, precisa ser reduzido aos limites dela, para que seja garantido o princípio de que os herdeiros necessários têm o direito à metade dos bens de herança, que é a quota obrigatória, reservatória desses herdeiros (2003, v. 21, p. 340).

Existindo herdeiros necessários, restrito estará o testador de dispor da totalidade de seus bens, ficando ele com liberdade relativa. Com isso, como visto, só poderá testar a metade de seu patrimônio. Essa limitação é válida também quando o mesmo realiza doações, pois só poderá doar o equivalente à metade da totalidade de seus bens, em decorrência da legítima (PEREIRA, 2011, v. 6, p. 322).

A liberdade de testar é relativa quando o testador tiver herdeiros necessários, pois estes não podem ser privados de seu direito sucessório. Mesmo contra a vontade do testador, os herdeiros necessários irão suceder, pois são sucessores obrigatórios. Assim, a lei confere a redução das disposições testamentárias aos herdeiros necessários como forma de assegurar a intangibilidade da legítima (GONÇALVES, 2012, v. 7, p. 437).

A legítima tem grande força, pois reflete a proteção à família. A afirmação de Washington de Barros Monteiro, em obra atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, confirma isso:

Os herdeiros necessários não podem ser privados de seu direito sucessório. São eles sucessores forçados, obrigatórios, que sucedem ainda contra a vontade do autor da herança. Para esse fim, assegura-lhes o Código a intangibilidade da legítima, sagrada e irredutível, quase um tabu em face do direito (2009, v.6, p. 248).

⁵ Art. 1.789: Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

Deve ser ressaltado outro ponto relevante que está previsto no artigo 1.966 do Código Civil⁶, para os casos em que o testador dispuser menos do que a metade do que poderia testar. Todos os bens que ficarem serão destinados para os herdeiros legítimos, ou seja, a legítima tem como máximo a metade da totalidade dos bens mas, não quer dizer que não possa ser testado menos do que a metade. É o processo natural que o que não for disposto pelo testador ficará para os herdeiros legítimos, conforme prevê o artigo 1.788 do mesmo código⁷, em sua segunda parte.

Eduardo de Oliveira Leite, sintetiza esta explicação com um exemplo:

Se o testador tinha um patrimônio de R\$ 120.000,00, R\$ 60.000,00 correspondem à legítima e os outros R\$ 60.000,00, à cota disponível. Se, no testamento só dispôs de R\$ 40.000,00, os R\$ 20.000,00 restantes passam a compor a legítima (2013, v.6, p. 259).

Em casos como o visto acima, em que o remanescente é devolvido aos herdeiros legítimos com a reintegração à legítima, sempre que houver excesso de liberdade, ou seja, em que a metade disponível for ultrapassada, deve-se reduzir a mesma até que seja recomposta de forma integral, a cota pertencente aos herdeiros necessários (LEITE, 2013, v.6, p. 260).

A partir do momento em que a sucessão for aberta, será ordenado o cumprimento do testamento, que deverá equilibrar as quotas, disponível e legítima, frente ao valor da herança, para que a legítima não seja atingida, ou seja, não deixando que a parte disponível ultrapasse a sua metade (PEREIRA, 2011, v. 6, p. 322).

Para determinar a porção disponível e a legítima, é necessário a apuração do valor do monte e a extensão da massa hereditária deixada pelo finado. Desta forma, a legítima é calculada sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, quitadas as dívidas e as despesas do funeral. A partir deste abatimento, será apurado o patrimônio líquido e real, que será dividido em duas metades; uma correspondendo à legítima e a outra à quota disponível. Depois de todo este trâmite, deverá ser observado se necessária a redução das disposições testamentárias, caso a legítima tenha sido prejudicada (GONÇALVES, 2012, v.7, p. 443).

A parte disponível sendo ultrapassada, ou seja, superada a quota que o testador poderia testar, será imposta a redução das disposições testamentárias até que seja necessário,

⁶ Art. 1.966: O remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, quando o testador só em parte dispuser da quota hereditária disponível (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

⁷ Art. 1.788: Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

para se obter o equilíbrio entre as quotas legítima e disponível (MONTEIRO, 2009, v. 6, p. 249).

Com isso, conclui-se que aos herdeiros necessários fica garantido a metade dos bens deixados pelo *de cujus*, independente do mesmo ter disposto a mais do que poderia dispor, será reduzido até que se proteja a metade da totalidade dos bens, pois a legítima pertence de direito a estes herdeiros.

3.2 A redução como garantia da legítima dos herdeiros necessários e seu cabimento

Com a análise realizada sobre a legítima, é chegada a hora de tratar diretamente do instituto da redução das disposições testamentários, o qual garante que a legítima seja respeitada. Neste item será aprofundada a proteção dada por este instituto à legítima, apontando como ele funciona em garantia do direito dos herdeiros necessários e em que casos poderá ou não ser aplicada.

Como já visto, a legítima é constituída pela metade dos bens do *de cujus* e é de direito dos herdeiros necessários. Em muitos casos, o testador acaba por não respeitar esta metade testando mais do que poderia dispor, acarretando, com isso, a necessidade de reduzir o excesso da parte disponível.

Sílvio de Salvo Venosa elenca alguns destes casos que poderão vir a ensejar a redução das disposições testamentárias:

Pode ocorrer, contudo, que, por inadvertência, desconhecimento, diminuição ou desvalorização de seu patrimônio, fatores alheios a sua própria vontade, ou malícia, o testador venha a ultrapassar a metade disponível. O mesmo pode acontecer nas doações. Em qualquer situação, há que se ajustar a legítima. Aqui se trata de reduções nas deixas testamentárias (2010, v. 7, p. 331).

Há diversos motivos que podem acarretar na redução das disposições testamentárias, podendo ser voluntários ou involuntários por parte do testador, mas que, independentemente disso, excedendo a quota disponível, devem ser reduzidos para que não haja prejuízo à legítima.

Alguns destes motivos que acarretam a redução das disposições testamentárias são elencados na obra de Washington de Barros Monteiro, atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto:

a) pode ele, ao testar, deliberadamente ou não, dispor de mais do que se lhe permita; b) os bens deixados oscilam de valor entre a data do testamento e a da abertura da sucessão, acarretando desequilíbrio entre o disponível e a quota reservada aos herdeiros necessários; c) o testador assume obrigações que absorvem parcialmente seu ativo. Em qualquer destas eventualidades, impõe-se a redução das disposições testamentárias; reajustam-se estas, de modo a restabelecer-se rigoroso equilíbrio entre a porção disponível e a quota legítima (2009, v. 6, p. 249-250).

Visto que excedeu a parte disponível no momento em que foi realizado todo o cálculo da legítima, deve ser reduzido o excesso para que a legítima não seja prejudicada. Esta operação está prevista no artigo 1967 e parágrafos do Código Civil⁸.

Importante frisar que a redução não se opera de modo arbitrário, mas segue uma ordem de precedência que deve ser obedecida no momento em que é realizada (MONTEIRO, 2009, v. 6, p. 250).

Em primeiro momento quem sofrerá a redução será o herdeiro instituído, devendo ser reduzido seu quinhão até que seja obtida a recomposição da legítima, podendo esgotar o que o testador lhe havia testado. Quando tiver mais de um herdeiro instituído será reduzido, de forma proporcional, até se alcançar o necessário para preencher a legítima (GONÇALVES, 2012, v.7, p. 443-444).

Após esgotada a redução da parte dos herdeiros nomeados e mesmo assim atingindo a legítima que pertence aos herdeiros necessários, serão reduzidos também os legados estes, também, de forma proporcional ao seu valor.

Segundo a obra de Washington de Barros Monteiro, no momento em que os legados são atingidos para redução, dever-se-ia levar em conta uma ordem para que os mesmos fossem reduzidos. Ressalta-se que apesar desta ordem de legados, nossa legislação não a utiliza, o Código Civil não aprofundou este ponto em seu conteúdo, devendo todos os legados serem reduzidos de forma proporcional, independentemente de sua espécie. Segue a citação do autor:

Algumas legislações classificam os legados numa certa ordem a respeitar-se no caso de redução: a) os remuneratórios; b) os de coisa certa; c) os indicados pelo testador; d) os de alimentos; e) os de educação. O Código pátrio não se ateve, contudo, a essa diferenciação, prescrevendo que todos os legados, indistintamente, sofram o indispensável rateio, caso se torne necessária a redução (2009, v.6, p. 251).

⁸ Art. 1.967: As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. § 2º Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

Não é por acaso que existe uma ordem nas reduções. Silvio Rodrigues explica claramente a opção pelos legados serem reduzidos apenas após esgotados os herdeiros nomeados:

O legatário goza de preferência em relação ao herdeiro porque, sendo o legado como que uma doação *causa mortis*, entende-se que o testador ordenou ao herdeiro que a efetivasse. Contudo, como o testador só pode gratificar até o montante de sua quota disponível, é inegável que, se os legados a ultrapassam, devem ser reduzidos. O propósito liberal do testador encontra barreira na lei (2003, v. 7, p. 236-237, grifo do autor).

Como previsto em lei, mesmo tendo esta ordem no momento da redução das disposições testamentárias, pode o autor do testamento determinar diferentemente, inclusive a forma como deverá ocorrer a redução, caso seja necessária.

A ordem existente com relação à redução foi determinada pelo legislador que pressupôs que aquela seria a vontade do testador. Porém, podendo esta vontade não ser a do autor do testamento, é admitido que o testador disponha sobre o caso, podendo determinar que a redução ocorra de forma diversa, escolhendo os quinhões que deseja, podendo preservar outros (GONÇALVES, v. 7, p. 444).

Ainda, tratando da redução testamentária referente a legados, quando estes consistirem em prédio divisível, deve-se observar a previsão do artigo 1.968 e parágrafos do Código Civil⁹, que tratam especificamente disso, apontando a forma da redução destes legados. Silvio Rodrigues elenca o primeiro passo que deve ser dado para a redução desta espécie de legado. Segundo o autor “se o objeto do legado for bem imóvel, cumpre distinguir se se trata de coisa divisível ou indivisível” (2003, v. 7, p. 337).

Importante, inicialmente, frisar sobre a redução destes legados, pois deverá ser observada a situação do prédio divisível, pois, caso o imóvel possa ser fracionado sem que haja alteração em sua substância, diminuição considerável do valor, ou ainda prejuízo do uso a quem se destina, a redução será feita de forma simplificada, ou seja, o bem será dividido proporcionalmente (GONÇALVES, 2012, v. 7, p. 445).

⁹ Art. 1.968: Quando consistir em prédio divisível o legado sujeito a redução, far-se-á esta dividindo-o proporcionalmente. § 1º Se não for possível a divisão, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado, ficando com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na parte disponível; se o excesso não for de mais de um quarto, aos herdeiros fará tornar em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio. § 2º Se o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

Quando a divisão acima citada não for possível por algum dos motivos abordados e o bem imóvel for indivisível, a forma como será realizada a redução das disposições testamentárias será diferente, mais complexa que a tradicional.

Quando a divisão não for possível, deverá ser observado o montante da redução. Com isso há duas hipóteses que poderão vir a ocorrer e duas reduções realizadas de forma diferente. Em uma primeira hipótese, o excesso é maior de um quarto do valor do prédio; com isso o legatário deverá deixar, por inteiro, o prédio que lhe foi testado e o herdeiro ou herdeiros pagar-lhe-ão o valor que restar da redução. Destaca-se que o legatário não tem escolha, podendo apenas ficar com o prédio se houver o consentimento do herdeiro necessário. Já na segunda hipótese, o excesso é menor de um quarto do valor; com isso o legatário terá para si a totalidade do prédio, mas deverá pagar aos herdeiros necessários a diferença correspondente (RODRIGUES, 2003, v.7, p. 237-238).

Para um melhor entendimento deste procedimento, a obra de Washington de Barros Monteiro explica, com exemplos, as duas hipóteses:

Busquemos, com exemplos, clarear o pensamento do legislador, mencionando, em primeiro lugar, hipótese em que o prédio fica em poder do espólio, e não do legatário: o prédio indivisível, objetivado no legado, vale \$ 100.000,00, tendo havido excesso de \$ 40.000,00 sobre a legítima. Nesse caso, como ele monta a mais de um quarto do valor, o imóvel permanece na herança, e o legatário recebe do herdeiro, ou dos herdeiros, em dinheiro, a quantia de \$ 60.000,00. Vejamos agora outro exemplo em que o prédio fica para o legatário e não para a herança: no imóvel indivisível, do mesmo valor de \$ 100.000,00, tendo havido excesso sobre a legítima, sujeito a redução, foi de \$ 20.000,00 apenas, portanto, menos de um quarto do valor do imóvel. Fica este, em tal hipótese, para o legatário, que reporá aos herdeiros a parte inoficiosa, no valor de \$ 20.000,00 (2009, v.6, p. 252-253).

Ainda há a previsão do caso em que o legatário a quem foi destinado um imóvel, é ao mesmo tempo herdeiro necessário e tem direito à legítima. Caso esse imóvel fique sujeito a redução, é permitido pelo Código para este herdeiro que inteire sua legítima no imóvel, devendo dar preferência aos demais herdeiros necessários sempre que a legítima e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor (VELOSO, 2003, v. 21, p. 343).

Novamente, a obra de Washington de Barros Monteiro explica com exemplo, se

[...] o prédio vale \$ 100.000,00, a redução deve montar a \$ 40.000,00, e a legítima do herdeiro é de \$ 60.000,00. Somando esse último valor com a parte subsistente do legado (\$ 60.000,00 + \$ 60.000,00 = \$ 120.000,00), absorvido fica o valor de todo o prédio. O interessado receberá assim o imóvel, de preferência aos demais herdeiros, repondo apenas o excesso (\$ 120.000,00 - \$ 100.000,00 = \$ 20.000,00) (2009, v. 6, p. 253).

Diante do exposto, tem-se por encerrada a análise da redução dos legados. Caso não tenha sido alcançada toda a parte que, de direito, constitui a legítima, deve-se continuar as reduções para não prejudicar a legítima.

Esgotando-se a parte dos herdeiros instituídos, atingindo os legados e os mesmos também forem esgotados, deve-se recorrer a uma terceira opção, pois a legítima deverá ficar ileso. Reduzir-se-ão então também as doações. Prevista a redução das doações no artigo 549 do Código Civil¹⁰. Caso haja mais de uma, sofrerão primeiro redução as mais atuais e, posteriormente, as mais antigas. Sendo realizadas na mesma data, reduzir-se-ão de forma proporcional (MONTEIRO, 2009, v.6, p. 250).

Após a análise de como o instituto da redução garante a legítima aos herdeiros necessários podendo atingir até mesmo as doações, é importante também tratar dos casos em que se poderá valer deste instituto, ou seja, quando cabe a utilização do mesmo.

Deve-se determinar o valor do monte e a extensão da massa hereditária deixada pelo *de cujus*, com a finalidade de serem fixadas, de forma definitiva, o disponível e a legítima. A partir destas determinações e constatando-se que todas as liberalidades cabem na quota disponível, não haverá redução das disposições testamentárias, pois a legítima não foi afetada (MONTEIRO, 2009, v. 6, p. 249).

A busca pela redução das disposições testamentárias poderá ser intentada pelos herdeiros necessários, seus sucessores ou credores, ou ainda os cessionários de seus direitos por meio da ação de redução, pela qual busca-se recompor a quota legítima frente aos bens que excederam a parte disponível. Contudo, só serão beneficiados pela sentença que determina a redução das disposições testamentárias os interessados que ingressarem em juízo, presumindo-se a aceitação dos demais (GONÇALVES, 2012, v. 7, p. 438 - 439).

Após a exposição do cabimento da redução das disposições testamentárias e da forma como ela protege a legítima, passa-se a análise da validade do ato de última vontade quando este instituto estudado é utilizado.

3.3 O ato de última vontade com restrição, mas eficaz

Ponto importante que deve ser assinalado é que mesmo o testador tendo excedido a parte disponível, com a redução das disposições testamentárias o testamento não será nulo, continuando válido e eficaz.

¹⁰ Art. 549: Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

Com relação a validade do testamento na hipótese assinalada, a obra de Washington de Barros Monteiro assim se manifesta:

Testamento que contenha liberdades *ultra vires* não se contaminam, porém, de nulidade; ao inverso, é válido e continua a subsistir. O mesmo acontece quanto a doação. Aparam-se ou delimitam-se apenas os atos benéficos, a fim de que não sobreexcedam a porção disponível (2009, v. 6, p. 248, grifo do autor).

Ressalta-se que as liberdades excessivas não são nulas, mas sim anuláveis. Ou seja, no momento em que se verifica o excesso, a disposição não se manterá da forma como foi determinada pelo testador. Nem por isso será atingida a validade intrínseca do ato de última vontade. A ineficácia vai alcançar somente a parte que causa diferença entre as liberdades disponíveis e as quotas reservadas aos herdeiros necessários (PEREIRA, 2011, v. 6, p. 323).

Interessa insistir que o fato do testador ter excedido a parte que era possível testar não invalida seu testamento, apenas, para que seja protegido o direito dos herdeiros necessários asseguram-se os meios para pleitear a redução das disposições testamentárias, com intuito de receberem a legítima por inteiro, como é de direito.

Mesmo sabendo de seu direito, se o herdeiro necessário aceitar receber menos do que poderia vir a ganhar em função do testador ter extrapolado a parte disponível não ingressando com a ação de redução, o testamento será cumprido como redigido pelo *de cujus*, pois nada terá que o invalide (RODRIGUES, 2003, v. 7, p. 232).

Assim, o excesso não invalida o testamento, podendo os herdeiros necessários, caso queiram, pleitear apenas a redução do que ultrapassou a parte disponível (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, v. 4, p. 820).

É importante frisar que neste item é que persiste a grande diferença com o do rompimento do testamento, diferença esta, que pode ser considerada conflitante dentro do direito das sucessões. Na redução das disposições testamentárias, o ato de última vontade do testador não perde a validade, mas apenas se reduz o que excedeu a metade disponível, ou seja, é respeitado o direito de testar dentro do limite permitido, e não apenas a garantia da legítima do herdeiro necessário, como acontece no rompimento do testamento, que o torna inexistente.

No capítulo seguinte este conflito será abordado de forma mais aprofundada e direta, buscando-se sua solução.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS E O CONFLITO DOS INSTITUTOS DO ROMPIMENTO DO TESTAMENTO E DA REDUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Após a realização do estudo sobre os institutos apontados, este terceiro capítulo tem por objetivo confrontá-los e buscar solução para o ponto de conflito existente entre os mesmos.

Com isso, o estudo inicialmente será voltado para os princípios constitucionais, os quais poderão ser aplicados na relação conflitante destes institutos, assim como os passos dados pela jurisprudência atual a fim de demonstrar o caminho futuro desta situação.

4.1 Os princípios constitucionais

Princípio indica um começo, início, representa o ponto de partida de determinada coisa. Assim também são os princípios no sistema jurídico, conforme o dizer de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior os princípios são “regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema” (2013, p. 106).

Os princípios são apresentados em um plano superior, em decorrência de possuir um caráter de regra estrutural da Constituição. Demonstram o caminho a ser seguido por meio da interpretação da regra (ARAÚJO, NUNES JÚNIOR; 2013, p. 107).

Na Constituição Federal de 1988, os princípios formam os seus pilares, as bases, os alicerces de sustentação, pois são normas fundamentais que orientam de forma geral a interpretação das leis existentes para que sejam utilizadas conforme os valores que a constituição objetiva.

E foi a partir da Constituição que ocorreram os maiores avanços com relação aos princípios, os quais, deixaram de ter efeito meramente simbólico para adquirirem força normativa (LÔBO, 2011, p. 57).

Considerados leis das leis, os princípios tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça. Como as regras jurídicas, por vezes, mostram-se limitadas para atender o comando constitucional, os princípios, que adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, possuem papel importante na interpretação da Constituição e na solução de problemas, incorporando valores éticos e conferindo coerência ao sistema jurídico (DIAS, 2013, p. 60-61).

Faz-se interessante referir que, não apenas importante, os princípios hoje são essenciais para o ordenamento jurídico, pois as regras, leis em si, não conseguem acompanhar as mudanças constantes e a evolução dos valores da sociedade. Os princípios conseguem pois não são normas fechadas e possuem interpretação geral.

Em sua obra, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, são enfáticos na forma como respaldam os princípios e sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro:

[...] os princípios revestem-se de grande relevância, porque marcam, basicamente, todo o sistema jurídico. São as proposições genéricas que informam uma ciência. Enfim, a sua base valorativa. São, portanto, as bases sobre as quais constrói o sistema jurídico. [...] constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico. Daí sua invidiosa importância no estudo das ciências jurídicas. Aliás, não é demais perceber que os princípios conferem *coerência* e *unidade* ao sistema jurídico, obstando que a esperada harmonia do ordenamento jurídico venha a ser martirizada (2008, p. 30, grifo do autor).

Diante do exposto, os princípios constitucionais podem ser conceituados como normas jurídicas inscritas no texto constitucional formal, que têm como característica o seu grau de generalidade e estabelecem os valores fundamentais de uma sociedade e de seu sistema jurídico. É com base neles que todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas (CRUZ, GOMES; 2007, p. 19).

Após uma breve exposição geral sobre os princípios, passa-se a estudá-los particularmente. Neste trabalho, em especial, os princípios da liberdade individual e igualdade, autonomia da vontade, razoabilidade e proporcionalidade, para que os mesmos possam ser utilizados no caso concreto do conflito existente entre os institutos do rompimento do testamento e da redução das disposições testamentárias, buscando o equilíbrio e a melhor interpretação para sua aplicação.

4.1.1 Princípio da Liberdade

Mais do que um princípio, a liberdade é direito fundamental do ser humano. É a partir da liberdade que o indivíduo poderá desenvolver a sua personalidade.

Segundo Rolf Madaleno, “de liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as suas potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não o for em virtude de lei” (2009, p. 62).

Nagib Slaibi Filho reforça a definição ao dizer que “não basta ao indivíduo viver (existir); é necessário que possa alcançar os espaços sociais e materiais que sua individualidade exige” (2009, p. 317).

O princípio da liberdade anda junto ao da dignidade da pessoa humana na busca do respeito necessário que o ser humano merece para uma vida íntegra.

Foi a partir de três grandes revoluções que a liberdade foi encorpendo-se e tornando-se direito fundamental: a Revolução Inglesa de 1688, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789. Com elas passou-se de um Estado absolutista para um Estado liberal (BARROSO, 2002, p. 77-78).

No ordenamento jurídico brasileiro surgiu com os chamados direitos de primeira geração, os quais são de titularidade do indivíduo em resistência ou oponibilidade ao Estado. Estes direitos valorizam o homem singular das liberdades abstratas, pertencentes à sociedade civil (BONAVIDES, 2010, p. 563-564).

Na Constituição Federal de 1988 está presente no artigo 5, *caput* e II¹¹, mostrando também que não é direito absoluto, mas que em determinados casos pode vir a ser limitado em benefício a outros direitos.

Novamente deve-se frisar, a liberdade é direito fundamental de todas as pessoas. Sem ela o ser humano perde sua dignidade e razão de vida, pois seu desenvolvimento e formação da sua personalidade ficam prejudicados.

Conclui-se, portanto, que a liberdade, em suas diversas formas, é imprescindível e inerente ao ser humano em um Estado Democrático de Direito.

4.1.2 Princípio da Igualdade

Não há como existir um Estado Democrático de Direito sem que o princípio da igualdade tenha força normativa. Por isso ele está presente no *caput* do artigo 5 da Constituição Federal, sendo uma garantia fundamental.

O princípio da igualdade causa uma limitação ao legislador, que deve observá-lo e utilizá-lo como regra de interpretação para não gerar desigualdades (FERREIRA FILHO, 2009, p. 282).

¹¹ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Como acima mencionado, o legislador tem o dever acolher o princípio da igualdade sempre que estiver elaborando leis, pois seria contraditório e incabível que fossem formuladas regras em choque com este princípio (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2013, p. 178).

Mais do que o próprio legislador, o juiz também deve observar a igualdade, devendo interpretar a lei de forma a não criar privilégios, aplicando-a sem distinções. Contudo, deve-se ressaltar também que não é um princípio absoluto, ou seja, ele não proíbe todas os tratamentos diferentes, apenas veda os que são discriminatórios (FERREIRA FILHO, 2009, p. 282-283).

Nessa linha, Humberto Ávila explica que a aplicação do princípio da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser buscado:

[...] fins diversos levam a utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. [...] Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental (2005, p.102).

Diante do exposto, é possível concluir que assim como o princípio da liberdade, a igualdade é inerente à democracia e busca o respeito à dignidade da pessoa humana. Mesmo não sendo absoluta, sempre deve ser observada e aplicada pelo legislador e julgador para evitar que ocorram injustiças.

4.1.3 Princípio da Autonomia da Vontade

O princípio da autonomia da vontade nada mais é do que aquele que põe em prática a liberdade acima analisada, ou seja, é o direito individual de tomar suas próprias decisões livremente, sem interferência externa, ou seja, do Estado.

Segundo Raphael Furtado Carminate, este princípio pode ser definido como

Direito e garantia fundamental que confere à pessoa o poder de se autodeterminar, voluntariamente, estabelecendo livremente as normas que regerão suas relações privadas, bem como seus efeitos, limitada esta ação à observância dos direitos e garantias fundamentais da(s) pessoa(s) por ela afetada(s) (2014, p. 52).

O princípio da autonomia da vontade foi mudando conforme o passar do tempo e a evolução da sociedade. Quando surgiu era utilizado restritamente à questões de cunho patrimonial. Contudo, aos poucos, foi criando forma e ganhando importância em termos gerais, sendo hoje considerado garantia fundamental (IBDFAM, 2014, p. 44).

Este princípio é considerado fundamental pois não apenas continuou sendo aplicado a direitos patrimoniais, como também ingressou nos direitos de personalidade, garantindo a proteção que eles necessitam.

Ao exercer a autonomia da vontade não ficará configurado um poder absoluto, pois nenhuma pessoa pratica todas as suas ações completamente livre (BORGES, 2005, p.51).

Contudo, este princípio é ligado ao exercício pleno da liberdade da pessoa, não ficando apenas restrito à capacidade de estabelecer acordos judiciais, mas sendo resultado natural da dignidade humana (MADALENO, 2009, 61).

Todas as normas devem estar harmonizadas com o princípio da autonomia da vontade, pois é garantia fundamental, e o intérprete, quando na busca de solução de conflitos em casos que permitem vários entendimentos, deve interpretar a norma com a maior conformidade à autonomia da vontade (IBDFAM, 2014, p. 50).

Importante frisar que o respeito ao princípio da autonomia da vontade é essencial, porque respeitá-lo é respeitar a própria personalidade do ser humano. É a dignidade da pessoa que está presente.

As normas de direito privado não podem simplesmente ser aplicadas sem a observância do princípio da autonomia da vontade e menos ainda se sobrepor a ela, pois este princípio é hierarquicamente superior, devendo ser admitida a sua aplicação em desobediência ao princípio em casos excepcionais, ou seja, situação em que há em confronto direitos de igual importância e relevância (IBDFAM, 2014, p. 51).

Diante disso, é possível concluir que qualquer limitação à autonomia da vontade, que não seja em decorrência da proteção de outro direito de igual valor, ou seja, uma outra garantia fundamental, será considerada ilegítima ou inconstitucional (IBDFAM, 2014, p. 52).

Vale por fim ressaltar que é princípio fundamental em defesa de direitos personalíssimos do ser humano visto que a sua aplicação tem relação direta com a dignidade da pessoa humana.

4.1.4 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade tem por origem o sistema jurídico anglo-saxão, obtendo maior destaque no direito norte-americano, onde desenvolveu-se, primeiramente, ligado à ideia da garantia do devido processo legal e servindo como parâmetro para o controle da constitucionalidade (BARROSO, 2013, p. 280).

No sistema jurídico brasileiro, iniciou sendo utilizado com o objetivo de interpretação constitucional. Em um primeiro momento, era visto como modismo e passageiro, mas aos poucos mostrou-se um valioso fundamento para a realização da justiça no caso concreto, superando a rigidez do normativismo na busca da melhor solução para o conflito (BARROSO, 2002, p. 153-154).

Apesar de não estar previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, o princípio da razoabilidade encontra seu fundamento junto à ideia do devido processo legal e também da busca pela justiça.

O princípio da razoabilidade trabalha diretamente com a Constituição e os objetivos que a mesma almeja alcançar, pois ele estrutura a aplicação de outras normas e regras partindo da proposta de que as leis devem ser instrumentos razoáveis para a realização das finalidades que a Constituição prevê.

Em sua obra, Humberto Ávila destaca três frentes de ação do princípio da razoabilidade, como pode ser visto abaixo:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas (2005, p. 103).

Diante dos pontos assinalados, pode-se analisar as três acepções individualmente, buscando o real sentido e eficácia do princípio da razoabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro momento, analisando a razoabilidade como equidade, a qual exige a harmonização da norma geral com o caso individual. Com isso, a razoabilidade impõe que seja considerado no momento da aplicação das normas jurídicas a normalidade do acontecimento, ou seja, as circunstâncias de fato devem ser presumidas estarem dentro da normalidade (ÁVILA, 2005, p. 103-105).

Importante frisar que a razoabilidade como equidade, designa como necessário a consideração do aspecto individual nos casos em que o mesmo é desconsiderado para seguir a generalidade legal. Em casos determinados e com especificidades também determinadas, a norma geral não pode ser aplicada por se tratar de situação anormal (ÁVILA, 2005, p. 105).

Nesses casos que há anormalidades, é imprescindível uma interpretação dentro do razoável, ou seja, em consonância com o que seria aceitável perante a lei na visão do senso comum.

Humberto Ávila, tratando deste aspecto ressalta:

Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra de satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária (2005, p. 105-106).

O princípio da razoabilidade tem papel essencial para a aplicação da regra aos casos normais ou anormais com relação à generalidade e à individualidade, demonstrando que a interpretação razoável da norma é a que deve ser feita para poder aplicá-la da melhor forma ao caso concreto.

Diante destes aspectos, é possível concluir que a razoabilidade como equidade serve de instrumento para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para que seja aplicada. Para que a mesma seja aplicada ao caso concreto deve passar por uma adequação da generalização da norma geral. Com isso, o princípio da razoabilidade atua na interpretação das regras gerais em decorrência da busca pela justiça (ÁVILA, 2005, p. 106).

Com a análise da razoabilidade como equidade, passa-se a aprofundar o estudo em uma segunda acepção, que é a razoabilidade como congruência.

Neste segundo aspecto, a razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação, ou seja, é necessário no momento da interpretação das normas que se as confronte com parâmetros externos a ela (ÁVILA, 2005, p. 106 - 107).

Justifica-se a razoabilidade como congruência, pois as normas não podem desvincular-se da realidade. Acontecendo isso, estarão sendo violados os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal (ÁVILA, 2005, p. 107).

Nesta interpretação, realizada pelo princípio da razoabilidade, é analisado o critério e medida utilizados, buscando com isso, que fique impedida a utilização de critérios distintivos inadequados (ÁVILA, 2005, p. 109).

E por último, a terceira forma de atuação do princípio é a da razoabilidade como equivalência.

Neste terceiro ponto, a razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Para melhor explicar este aspecto, Humberto Ávila, apresenta o seguinte exemplo:

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a criação de taxa judiciária de percentual fixo, por considerar que em alguns casos essa seria tão alta que impossibilitaria o exercício de um direito fundamental – obtenção de prestação judicial –, além de não ser *razoavelmente* equivalente ao custo real do serviço. Nesse caso, o fundamento da decisão, além da questão relativa à proibição de excesso, está na desproporção entre o custo do serviço e a taxa cobrada. As taxas devem ser fixadas de acordo com o serviço que é prestado ou colocado à disposição do contribuinte. Nesse sentido, o custo do serviço serve de critério para a fixação do valor das taxas. Daí se dizer que as taxas devem ser *equivalentes* ao serviço prestado (2005, p. 109, grifo do autor).

Após toda essa análise, é possível dizer que estas três acepções são necessárias para o melhor entendimento da atuação e efetivação do princípio da razoabilidade no sistema jurídico brasileiro.

Importante frisar também que o princípio da razoabilidade abriga valores subjacentes, como a racionalidade, a justiça, a medida adequada, o senso comum e a rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Além de considerar que é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia. Também leva em conta os valores fundamentais da organização estatal, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade e novamente a justiça. A razoabilidade é a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos (BARROSO, 2013, p. 280 - 281).

Por fim, concluindo o estudo do princípio da razoabilidade, é necessário frisar que este princípio tem sido utilizado frequentemente como fundamento de decisões tomadas por juízes, tribunais e especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, pois serve de parâmetro de justiça (BARROSO, 2013, p. 352 - 353).

Ao encerrar o estudo do princípio da razoabilidade, ainda é necessário avaliar o princípio da proporcionalidade para também aplicá-lo ao caso em apreciação.

4.1.5 Princípio da Proporcionalidade

Com a análise do princípio da razoabilidade, passa-se ao estudo da proporcionalidade que anda lado a lado com a razoabilidade para a melhor interpretação dos valores da norma maior e busca a defesa dos direitos fundamentais, restringindo-os o menos possível.

O princípio da proporcionalidade teve origem no direito germânico e atualmente faz parte do ordenamento jurídico brasileiro em decorrência do nascimento de um Estado moderno, ou seja, do Estado Democrático de Direito, o qual existe uma limitação do poder estatal em benefício das pessoas para garantir-lhes a integridade física e moral. O propósito é manter o equilíbrio entre os poderes formadores do Estado e que o respeito permaneça mútuo entre todos (PEIXINHO; GUERRA; NASCIMENTO FILHO, 2006, p. 429).

Importante ressaltar que como o princípio da razoabilidade, o da proporcionalidade também teve seu reconhecimento no sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, quando se passou de um Estado de polícia, onde o legalismo predominava de forma absoluta, para um Estado de Direito, onde são respaldadas as liberdades individuais e as garantias fundamentais.

Não está escrito diretamente no texto constitucional, mas a proporcionalidade pertence à natureza e essência da constituição do Estado de Direito. De acordo com isso, é encontrado fundamento normativo para este princípio junto ao devido processo legal no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988¹², e junto ao Estado Democrático de Direito, no artigo 1º da mesma Constituição¹³.

Com o princípio da proporcionalidade, há uma solidez constitucional no novo Estado de Direito no que tange a garantia dos direitos fundamentais. Além da eficácia nos direitos da chamada primeira geração, também se fez necessário a instauração de toda a ordem social, que são os denominados direitos de segunda e terceira geração, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos da comunidade (BONAVIDES, 2010, p. 394).

É com a atuação deste princípio na concepção de Estado de Direito que o legislador perdeu o poder soberano que possuía na época em que o a legalidade se sobressaia a constitucionalidade. Agora, o juiz, ao contrário do legislador, atua em um espaço mais livre, não devendo ser legalista absoluto, mas fazendo o exame e controle para aplicação das normas conforme os valores da constituição que devem ser seguidos. Hoje é o legislador que sofre limitações em decorrência da supremacia da constituição sobre a lei, mas claro, isso ocorre sem desrespeitar o poder do legislativo.

¹² Art. 5º: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

¹³ Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Este princípio vincula-se ao direito constitucional por meio dos direitos fundamentais, servindo para atualização e efetivação da proteção da liberdade dos mesmos. A partir daí que a proporcionalidade adquire grande importância e difusão tão larga como o princípio da igualdade, não comportando mais apenas áreas específicas do direito, mas tornando-se geral e servindo de embasamento para o todo (BONAVIDES, 2010, p. 395).

Diante do que já foi exposto e conforme pontuam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, o princípio da proporcionalidade é aquele que:

Orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma (2013, p. 130).

Deve-se frisar que para a aplicação do princípio da proporcionalidade deve haver uma relação entre o meio e o fim, ou seja, os meios devem ser destinados para a realização progressiva de um fim.

Humberto Ávila completa a ideia dizendo que “o exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*” (2005, p. 113, grifo do autor).

Conforme esta afirmação, conclui-se que sem uma relação meio/fim não pode haver a incidência do princípio da proporcionalidade, em decorrência da falta de elementos que estruturam sua utilização (ÁVILA, 2005, p. 114).

Aprofundando a análise deste princípio, existem elementos, também chamados de subprincípios, que são inerentes ao mesmo, pois sem a incidência deles este princípio não teria a sua funcionalidade. Estes elementos são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O estudo deles é essencial para o entendimento da sua aplicação.

A adequação exige que o meio deve levar à realização de um fim, ou seja, deve ser utilizado um meio em que a eficácia possa contribuir para obter o fim desejado. Adequar o meio ao fim que se busca, alcançando com a medida certa o objetivo visado (BONAVIDES, 2010, p. 396 - 397).

Com a explicação do subprincípio da adequação, passa-se a um segundo subprincípio que é o da necessidade. Neste elemento, para que seja admitida a medida escolhida, a mesma deve ser necessária.

Na realização do exame da necessidade é conveniente a conferência da existência de meios que possam ser alternativos a aquele inicialmente escolhido e que tenham a capacidade de promover o igual fim buscado, sem que haja restrição com intensidade maior do que as que haviam com o meio anterior, aos direitos fundamentais afetados (ÁVILA, 2005, p. 122).

Humberto Ávila cita duas etapas de investigação que se fazem importantes para o exame da necessidade:

Em primeiro lugar, o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados (2005, p. 122, grifos do autor).

Diante da exposição do elemento necessidade, ainda deve ser analisado o último elemento, que é a proporcionalidade em sentido estrito.

Para o exame da proporcionalidade em sentido estrito é necessário fazer a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, ou seja, deve ser verificado se as vantagens causadas pela realização do fim são proporcionais as desvantagens causadas pela utilização deste meio (ÁVILA, 2005, p. 124).

Novamente destaca-se que os elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito conferem ao princípio da proporcionalidade a densidade indispensável para que seja atingida a funcionalidade necessária para a efetivação das soluções dos problemas levados ao crivo do direito.

Expostos os três subprincípios, conclui-se que quem utiliza este princípio se defronta, ao mesmo tempo, com uma obrigação e uma interdição, ou seja, a obrigação de fazer uso de meios adequados e a interdição quanto ao uso de meios desproporcionais (BONAVIDES, 2010, p. 398).

Luís Roberto Barroso, em sua obra, elenca algumas situações em que o princípio da proporcionalidade permite ao judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos em decorrência da falta de algum dos elementos necessários para sua incidência. Seguem as situações elencadas pelo autor:

(a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (2013, p. 283).

Além da importância, já demonstrada, do princípio da proporcionalidade no controle da constitucionalização, buscando a garantia dos direitos fundamentais, ele apresenta outra função da qual é utilizado, já que é meio de interpretação de normas e da busca do equilíbrio diante de conflitos existentes.

Este equilíbrio é buscado com a intenção de não desmerecer nenhuma regra, norma ou princípio conflitante, mas fazer com que a melhor decisão seja tomada, ou seja, a considerada mais justa.

Com o equilíbrio, sendo fundamental no princípio da proporcionalidade, revela-se uma relação de custo benefício no momento da solução do conflito, pois, conforme Daniela Lacerda Saraiva Santos, “deve-se ponderar a relação entre os danos causados pela medida restritiva e os resultados obtidos” (PEIXINHO; GUERRA; NASCIMENTO FILHO, 2006, p.439).

Destaca-se que nos casos concretos, o equilíbrio e a ponderação entre dois ou mais direitos fundamentais atingidos pela medida restritiva legal, se justificam na Constituição pelos objetivos que a mesma almeja, com isso formando um exame de proporcionalidade para solucionar os atritos existentes (PEIXINHO; GUERRA; NASCIMENTO FILHO, 2006, p. 439).

Novamente deve ser frisado que o princípio da proporcionalidade funciona como intérprete da norma constitucional. Nos casos em que exista conflito entre duas normas, com este princípio é feito o exame entre as mesmas levando como referência a norma constitucional, e com isso, deverá prevalecer aquela que exprimir da melhor forma os valores da Lei Maior.

Após as observações realizadas com referência ao princípio da proporcionalidade, pode-se afirmar que ele é hoje parte integrante do Direito Constitucional, representando uma nova era com o Estado de Direito. Assim que, em um processo de controle de constitucionalidade, havendo restrição a direitos fundamentais, deve sempre ser buscado para interpretar a regra e proteger as garantias do poder legislador.

4.2 Aplicabilidade dos princípios na busca do equilíbrio dos institutos em debate

Com a exposição dos princípios, passa-se a aplicá-los no caso concreto, ou seja, ao conflito existencial entre o rompimento do testamento e a redução das disposições testamentárias, com o objetivo de solucionar o problema e equilibrar a aplicação da norma, para que seja a mais favorável em proteção aos direitos fundamentais.

Para isso, colocar os institutos frente a frente, principalmente o ponto de colisão entre os mesmos, é fundamental para que sejam feitas as considerações necessárias e, desta forma, buscar uma solução.

O ponto de conflito entre a redução das disposições testamentárias e o rompimento do testamento está diretamente ligado à validade ou não do ato de última vontade do *de cujus*.

Como já visto, na aplicação da redução das disposições testamentárias quando o autor do testamento exceder a sua parte disponível será reduzido apenas o que foi excedido, ou seja, o testamento não perde a validade, apenas será reduzido parcialmente para que o direito à legítima dos herdeiros necessários não seja prejudicado. Ainda assim o testamento permanece vigente e terá sua eficácia garantida.

Em contrapartida, conforme já mencionado, nos casos em que o autor do testamento, no momento em que realizou o ato, não tinha conhecimento ou não sabia da existência de um descendente seu ou de outro herdeiro necessário, aparecendo este irá romper o testamento em sua totalidade. Perderá o ato toda a validade, tornando-se ineficaz. Não apenas o limite da legítima que é de direito dos herdeiros necessários, mas todo o testamento. Rompido o testamento, o mesmo não terá nenhum efeito jurídico, tendo o *de cujus* que realizar um novo testamento, agora com o conhecimento deste herdeiro necessário. Caso o testador já tiver falecido, este herdeiro necessário ficará com a totalidade dos bens da herança.

O conflito existente, como já dito, então está presente na validade do ato de última vontade. Na redução das disposições testamentárias ele permanece válido impondo apenas o limite da parte disponível, enquanto que no rompimento do testamento não, como prevê o artigo 1973 do Código Civil, “rompe-se o testamento em todas as suas disposições”.

Como se vê, há algumas questões que devem ser levantadas e apresentadas para se buscar o melhor entendimento. Quando ocorrer fato que se encaixa com o rompimento do testamento, por qual motivo deve se tornar inteiramente rompido o testamento? E, por que não apenas serem reduzidas as disposições excedentes para preservar a legítima deste herdeiro necessário, como ocorreria se o autor da herança tivesse conhecimento da sua existência?

Conforme a explicação de doutrinadores, já observada no capítulo 1, caso o testador soubesse da existência deste herdeiro necessário, não realizaria o testamento da forma como o fez, modificaria ou nem o faria. A lei presume que a vontade do autor do testamento seria diferente ao saber deste herdeiro.

Diante desta explicação do motivo do rompimento do testamento, há um porém que deve ser lembrado. Apenas funda-se na presunção da vontade do *de cujus*, não se podendo

garantir que o mesmo realmente queria isso ou faria aquilo. Toda presunção, sabidamente é uma conclusão antecipada, baseada em indícios e suposições. Nada de concreto e efetivo.

Cai em desconfiança, portanto, o argumento da presunção no momento em que por exemplo, o pai que já realizou o seu testamento vem a saber da existência de um filho, judicialmente ou extrajudicialmente, e mesmo assim, após este fato, não esboça nenhuma vontade em modificar o que já havia testado.

Diante do exemplo exposto, como pode a lei presumir a real vontade do testador? O que acontece é que a real vontade do testador pode estar simplesmente descartada, já que a lei que determina o rompimento do testamento e ponto. O rompimento acontece independente da vontade do autor do testamento.

Por mais que não saiba da existência de um herdeiro no momento em que testou, o testador neste ato expressa a sua verdadeira vontade e, ao se olhar a sucessão testamentária, conforme o artigo 1.788 do Código Civil¹⁴, a regra é o testamento, ou seja, a expressão da vontade do testador, desde que respeitada a legítima, enquanto a legítima é a regra quando não há testamento.

Esta afirmação se harmoniza com o princípio do respeito à vontade do autor da herança, o testador, presente no artigo 1.899 do Código Civil¹⁵ em combinação com o artigo 112 do mesmo código¹⁶, onde o juiz e o testamenteiro sempre devem buscar a verdadeira vontade do autor do testamento, valendo-se até de testemunhas para melhor interpretá-la (MENEZES, 2012).

Com relação ao princípio da autonomia do testador, Raphael Furtado Carminate é enfático:

Uma vez entendida a autonomia privada como direito e garantia fundamental, tem-se como regra geral a impossibilidade de limites sobre a mesma, sendo esses admitidos em caráter excepcional, apenas nas situações em que tal intervenção se justifica pela proteção a direitos fundamentais do agente diretamente afetado por seu exercício (2014, p. 51).

Com isso, pode-se concluir que neste caso não é afetado o direito do herdeiro necessário, pois teria a legítima garantida pela redução das disposições testamentárias.

¹⁴ Art. 1.788: Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

¹⁵ Art. 1.899: Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

¹⁶ Art. 112: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

Causando com o rompimento do testamento o desrespeito total dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade, ou seja, violando-os, pois a vontade do testador não fica apenas restrita, mas é desrespeitada na sua integralidade.

Desta forma, é como desconsiderar a própria personalidade do testador, que é desenvolvida com esses dois princípios, ignorando as potencialidades e as individualidades do mesmo, um desrespeito total ao indivíduo que testou.

Em contraponto ao rompimento do testamento, quando é aplicada a redução das disposições testamentárias, os princípios antes citados são respeitados, ficando a disposição apenas restrita aos 50% disponíveis, em havendo herdeiros necessários. Como já visto, ultrapassando a metade disponível e atingindo a legítima, as reduções irão operar em defesa do direito dos mesmos, mas não tornarão inválida a vontade daquele que testou.

Outro ponto a ser questionado e debatido com referência aos herdeiros necessários, mais precisamente entre os descendentes, é o caso de o testador poder testar quando tem conhecimento do filho e só ser respeitada a parte legítima, ou seja, o limite da parte disponível previsto pelo artigo 1789 do Código Civil¹⁷, enquanto que quando o testador não sabia da existência do filho, aparecendo este, rompe-se a totalidade do testamento.

Esta tese é defendida na doutrina presumindo-se que por um instinto natural, como forma de proteção à sua prole, e em decorrência de o pai, em vida, não ter tido a oportunidade de beneficiar e estar ao lado do filho. Seria a forma de compensá-lo pela ausência da figura paterna. Contudo, são argumentos que também trazem contradições, principalmente com referência a igualdade.

Conforme o dizer de Maria Berenice Dias, “justiça formal identifica-se com igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento” (2013, p. 67).

São pertencentes à mesma categoria hereditária, ou seja, a dos descendentes, mas recebem tratamento diferenciado pela própria lei, o que torna inconstitucional a norma do rompimento, pois é vedado que sejam dados privilégios.

Poderão defender a máxima de que se deve “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, conferindo a isso a questão de o filho não ter tido as mesmas oportunidades em decorrência de o pai não saber de sua existência. Porém, não há fundamento suficiente nesta defesa, pois pode acontecer de um filho reconhecido pelo pai não ter tido benefício nenhum durante a vida do mesmo. Às vezes até pior; o filho sofrer desprezo

¹⁷ Art. 1.789: Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

e desconsideração do pai, que mesmo sabendo de sua existência nunca deu qualquer importância para ele.

Na mesma linha, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior defendem que:

[...] a antiga e conhecida máxima aristotélica, segundo a qual deve haver tratamento *igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade*, apesar de correta, não concretiza explicação adequada quanto ao sentido e ao alcance do princípio da isonomia, porque a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade (2013, p. 179, grifos do autor).

Esta ideia é reforçada por Paulo Lôbo, quando aponta que “as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família” (2011, p. 67).

Com isso, é válido ressaltar a colocação de Maria Berenice Dias:

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito é coordenar, organizar e limitar liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade (2013, p. 66).

Ou seja, com isso, pode-se concluir que esta norma do rompimento do testamento também afronta o princípio da igualdade e como já referido o da liberdade, que são alicerces da Constituição Federal de 1988, presente em seu artigo 5º *caput*, como já visto na análise principiológica aplicável.

Diante disso, Maria Berenice Dias afirma com veemência que “assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades” (2013, p. 69).

Ademais, quando há de se operar a redução das disposições testamentárias, a igualdade é total entre descendentes, ascendentes e cônjuge, no direito que os mesmos possuem à legítima, protegida por este instituto, sempre que a mesma for atingida pelas disposições excedentes realizadas pelo *de cuius*.

Além disso, deve-se destacar que, conforme afirma o artigo 1.846 do Código Civil¹⁸, é pertencente aos herdeiros necessários a metade dos bens deixados pelo *de cujus*, não necessitando assim que a vontade do mesmo seja invalidada na totalidade, mas apenas até o limite que garanta a parte pertencente a estes herdeiros, ou seja, sua legítima.

A própria jurisprudência atual já confronta o instituto do rompimento do testamento em defesa da primazia da vontade do testador, ou seja, preservando parcialmente a vontade do mesmo. Pois, no momento em que rompe-se o testamento é desconsiderado por completo a vontade daquele que testou o que fere vários princípios constitucionais, como já elencado, mesmo sabendo que o direito do herdeiro necessário já está garantido por meio da legítima.

Diante do que já foi exposto, passa-se a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para atingir o fim desejado, ou seja, a solução das contradições na aplicação dos institutos objeto desta pesquisa.

Primeiramente utilizando-se do princípio da proporcionalidade, pode-se ver que o elemento da adequação é respeitado quando é aplicado o rompimento do testamento, pois o meio levou a realização de um fim, ou seja, rompe-se o testamento para beneficiar o herdeiro necessário o qual o autor do testamento não sabia que existia.

Em contrapartida, o elemento da necessidade é afrontado quando utilizado o rompimento do testamento, pois a medida do rompimento não é exigível ou necessária, em decorrência de haver outro meio alternativo. É a redução das disposições testamentárias que permite chegar à mesma finalidade, a proteção a família, e com menor restrição ao direito individual do testador, ou seja, sem que haja um prejuízo tão grande ao cumprimento da vontade do autor da herança.

Pode-se explicar melhor com o seguinte exemplo: o herdeiro necessário, neste caso hipotético elenca-se o descendente, é detentor da garantia da metade de todos os bens de seu ascendente, ou seja, é o seu direito à legítima. Em caso de o autor do testamento, no momento em que o realiza não ter conhecimento do descendente que vem a aparecer após a sua morte e não tendo outros herdeiros necessários, com o rompimento do testamento, tal descendente ficaria com a totalidade dos bens e tornaria o testamento inválido. Com isso, restringindo totalmente a autonomia da vontade do testador. Entretanto, se com o aparecimento deste descendente fosse aplicada a redução das disposições testamentárias, este herdeiro necessário teria assegurada a legítima e ao mesmo tempo, o testamento continuaria válido, no que diz respeito à parte disponível, e desta forma, a vontade do autor seria respeitada parcialmente.

¹⁸ Art. 1.846: Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima (BRASIL, Lei 10.406 – Código Civil, 2002).

E analisando o último elemento do princípio da proporcionalidade que é a proporcionalidade em sentido estrito verifica-se que as vantagens causadas pelo rompimento do testamento não são proporcionais as desvantagens causadas pela sua aplicação.

Destaca-se assim que, aplicando a redução das disposições testamentárias ao invés do rompimento do testamento, além de garantir o direito do herdeiro necessário, garante-se também o direito do autor do testamento, sendo respeitado tanto a proteção à família como a autonomia da vontade e a liberdade individual, ou seja, as vantagens e desvantagens causadas pela redução são proporcionais.

Com a aplicação do princípio da proporcionalidade há a obrigação de fazer uso dos meios mais adequados, neste caso a aplicação da redução das disposições testamentárias e a interdição dos meios que são desproporcionais, no caso, o rompimento do testamento.

Após a exposição da utilização do princípio da proporcionalidade, também é importante a aplicação do princípio da razoabilidade.

Com o que já foi tratado sobre este princípio e mais a aplicação da proporcionalidade, lembra-se que, segundo a razoabilidade como equidade, a incidência da norma, no caso do rompimento do testamento, não é condição suficiente para que a mesma seja aplicada. Como visto, é exigida a harmonização entre esta norma geral e o caso individual, devendo a interpretação da mesma confrontar com parâmetros externos a ela. No caso da aplicação do rompimento do testamento não há esta harmonização, pois ao mesmo tempo, que protege um direito ignora e retira outro também existente.

De outra parte, utilizando a razoabilidade como congruência, fica evidente que o rompimento não está vinculado a realidade, pois restringe todo o direito do testador em benefício de um herdeiro necessário, desconhecido até sua feitura.

E por último, a razoabilidade como equivalência, fica fácil compreender que é visível o desequilíbrio que causa entre os direitos existentes nesta relação: do direito à herança e da autonomia da vontade e da liberdade. Pendendo apenas para a proteção do herdeiro e desconsiderando a autonomia da vontade do testador que é garantia fundamental em proteção a sua dignidade.

Diante do exposto, e levando em conta que o princípio da proporcionalidade objetiva o equilíbrio e o da razoabilidade estimula uma interpretação e aplicação razoável das normas em defesa dos direitos, conclui-se que o rompimento do testamento confronta várias garantias fundamentais.

Para que haja equilíbrio, respeitando tanto a proteção à família como a autonomia da vontade, nos casos hoje elencados para o rompimento do testamento, deve-se admitir a

redução das disposições testamentárias. Com isso, se equaliza a dimensão dos direitos em confronto, evitando desigualdades nas relações entre pais e filhos quando o assunto é divisão de bens e mantendo equilibrada a restrição dos direitos, não supervalorizando um e ignorando por completo o outro.

Assim será possível, por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade alterar a sua interpretação e aplicação, fazendo com que o instituto do rompimento no momento que venha ser utilizado, não rompa o testamento em todas as suas disposições, mas apenas parcialmente, para que o herdeiro necessário tenha seu direito garantido e a vontade do testador seja, ao menos na parte disponível, preservada.

Esta mesma solução é exemplificada por Nagib Slaibi Filho, ao fazer a seguinte colocação:

Ao extrair do dispositivo normas que aparentemente estejam em conflito quanto aos valores por elas protegidos, cabe ao intérprete sopesar tais valores, colocá-los em ponderação e, ao final, optar pela norma que tutela o valor que deve preponderar no caso em julgamento (2009, p. 104).

Diante disso, mais uma vez fica evidente que o julgador não só pode como deve fazer uso destes princípios para dar a melhor interpretação à norma, fazendo com que os direitos fundamentais sejam preservados, predominando os valores objetivados pela Constituição vigente.

4.3 A visão jurisprudencial e as novas perspectivas para o tema

Com o estudo dos princípios e a aplicação dos mesmos para solucionar o conflito de normas existente entre o rompimento do testamento e a redução das disposições testamentárias com relação à validade do ato de última vontade do testador, passa-se a fase final do presente trabalho, que é a análise de como a jurisprudência está interpretando e aplicando essas normas.

Ao observar a jurisprudência atual, é possível ver que são analisados todos os detalhes do caso em questão para que os julgadores apliquem a norma do rompimento do testamento, mas os princípios e os valores da Constituição não são observados.

O que acaba acontecendo em boa parte dos casos é a aplicação fria da lei, ou seja, o rompimento do testamento é aplicado tal como é apresentado no Código Civil sem serem contrapostos os princípios que o mesmo atinge.

Esta afirmação pode ser confirmada pelo Agravo de Instrumento julgado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde o Desembargador Relator, Rui Portanova, deu procedência ao mérito da questão, ou seja, manteve o rompimento do testamento, com a justificativa que segue:

Quanto ao mérito propriamente dito, estou em dar provimento ao recurso. “Data venia”, não há como manter o entendimento de que o testador já sabia da existência de Erlon quando dispôs de seus bens aos seus cinco filhos e à sua companheira. Por primeiro, porque o fato de o testador ter deixado material genético armazenado em uma clínica, em Porto Alegre, não induz à conclusão de que ele teria assim agido prevendo futura ação de investigação de paternidade. Por seguinte, bem diz o Ministério Público neste grau de jurisdição “Presunções poderiam ser feitas em diversos sentidos, inclusive para dizer que tal material genético deveria servir para inseminação artificial. Evidentemente, tal suposição não merece prosseguir, pois absolutamente subjetiva e sem respaldo legal.” Ao depois, o fato de o testador ter se relacionado com a mãe de Erlon e com ela ter tido outros filhos, não faz presumir minimamente que o autor do testamento soubesse da paternidade em relação a Erlon. E o mesmo se diga em ralação [sic] ao fato do relacionamento do falecido com a mãe de Erlon ter servido de motivo para o fim do primeiro casamento dele (o autor da herança). Renovada vênua, não vejo aqui o “pleno conhecimento da existência do outro possível herdeiro sucessível” referido pelo Ministério Público de primeiro grau (fl. 32). Nesse contexto, ausentes provas de que o testador tinha conhecimento da existência de Erlon, é de rigor o rompimento do testamento (TJ/RS.RP n. 70040877979/2011).

Frisa-se deste voto, seguido pelos demais julgadores da Câmara, que a presunção de que o pai já sabia da existência de outro filho, como é defendida pelo Ministério Público, não é considerada, contudo a presunção de que se o pai soubesse da existência deste outro filho testaria diferente, é considerada. Parece um tanto quanto contraditória a forma de interpretação.

Contra este julgado, houve agravo para o Superior Tribunal de Justiça, o qual foi improvido pela Terceira Turma, conforme defende o Ministro relator Sidnei Beneti em seu voto:

Enfim, deve prevalecer o entendimento de que não se aplica o artigo 1793 [sic] do Código Civil quando o testador já possuía herdeiros necessários, ao dispor de parte de seus bens, como lhe permite a lei, circunstância que retira a presunção de que disporia de modo diverso ao que consignou se soubesse da existência de outro filho. [...]Assim, no caso em tela, deve prevalecer o entendimento de que o reconhecimento de outro herdeiro depois da realização do ato de disposição patrimonial, não prova o seu rompimento, não sendo aplicável o artigo 1.973 do Código Civil, se ausente a presunção de que o testador disporia de modo diverso do que foi consignado (STJ. AgRg no RESP n. 1.273.684/2012).

Com esta decisão, prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça, que é a posição defendida pela Corte, é possível ver que o rompimento do testamento não é aplicado e aceito

em qualquer caso, levando-se em conta fatores externos ao que a lei determina, analisando a situação com suas particularidades. O caso concreto, portanto, pelas suas peculiaridades acaba permitindo mitigar a força da norma existente.

Com isso, ao invés da aplicação literal do rompimento do testamento, é utilizada a redução das disposições testamentárias, tendo o herdeiro seu direito à legítima assegurado e ao mesmo tempo, a vontade do testador sendo parcialmente válida e eficaz, desta forma, protegendo-se os dois direitos.

Para a aplicação da redução das disposições testamentárias, ao invés do rompimento, é ultrapassada a literalidade da lei, dando o devido valor e força normativa aos princípios analisados neste trabalho que, por vezes, não eram observados no momento em que se aplicava a norma ao caso concreto.

Exemplo disso, pode ser visto em decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em caso oriundo do Tribunal Estadual do Rio de Janeiro. Transcreve-se a ementa:

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. CONFLITO DE NORMAS. PRIMAZIA DA VONTADE DO TESTADOR. I - Nos termos do artigo 1.750 do Código Civil de 1916 (a que corresponde o art. 1793 [sic] do Cód. Civil de 2002) "*Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que o não tinha, ou não o conhecia, quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador*". II - No caso concreto, o novo herdeiro, que sobreveio, por adoção *post mortem*, já era conhecido do testador que expressamente o contemplou no testamento e ali consignou, também, a sua intenção de adotá-lo. A pretendida incidência absoluta do art. 1750 do Cód Civil de 1916 em vez de preservar a vontade esclarecida do testador, implicaria a sua frustração. III - A aplicação do texto da lei não deve violar a razão de ser da norma jurídica que encerra, mas é de se recusar, no caso concreto, a incidência absoluta do dispositivo legal, a fim de se preservar a *mens legis* que justamente inspirou a sua criação. IV - Recurso Especial não conhecido (STJ.RESP n. 985.093/2010).

No caso elencado, foi decidido manter a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de não aplicar o rompimento do testamento, pesando para isso que a vontade do testador deveria ser preservada, ou seja, ressaltando e evidenciando o princípio da autonomia da vontade.

Importante frisar neste Recurso Especial, o voto-vogal proferido pelo Ministro Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJ/BA), o qual posicionou-se em desfavor da aplicação do rompimento do testamento, ou seja, negando provimento ao recurso, pelo motivo que segue:

Com efeito, a interpretação de um testamento, ato solene que é, deve ser sempre dirigida para o real alcance da vontade do testador, visando a preservação da sua finalidade. [...] Portanto, uma interpretação meramente literal do sobredito dispositivo legal, por certo, feriria, na hipótese em comento, o princípio basilar da autonomia da vontade do testado. (STJ. RESP n. 985.093/2010).

Diante desta exposição, percebe-se uma nova visão na forma de interpretar e aplicar o Direito, mesmo que ainda o apego dos julgadores à norma escrita seja predominante e que as decisões, por vezes, violam princípios basilares do sistema jurídico brasileiro como demonstrado isto fica evidente neste próprio julgado apresentado, onde dos cinco ministros que votaram, dois foram a favor do recurso e três foram contrários, mostrando como o assunto ainda possui divergências no ordenamento jurídico.

Contudo, há de se observar, principalmente por esta decisão do Superior Tribunal de Justiça, que este apego ao legalismo vem sendo mitigado, ou seja, já existem juristas que interpretam o caso individual e concreto também com os olhos voltados para os princípios e não apenas para a regra escrita.

Com isso, é possível ver uma perspectiva futura diferente em relação à interpretação e aplicação destas normas. Os tribunais estão buscando o equilíbrio dos direitos fundamentais e a mínima restrição dos mesmos, podendo utilizar a redução das disposições testamentárias ao invés do rompimento do testamento para preservar tanto a proteção a família como a autonomia da vontade do testador, ponderando-se assim direitos fundamentais

Desta forma, o equilíbrio deste instituto se faz necessário para a preservação de todos os direitos existentes, o que está mudando a forma de ver e julgar estas situações. A aplicação da norma de forma adequada à principiologia instaurada no sistema, pela Constituição de 1988, é também viável no confronto da garantia da legítima com o rompimento do testamento, mitigando-se este, em atenção e cumprimento da vontade do testador.

5 CONCLUSÃO

No estudo do rompimento do testamento, realizado dentro do Direito das Sucessões, constatou-se estar diretamente ligado ao instituto da legítima, que é a garantia da metade dos bens do *de cuius* aos seus herdeiros necessários. Contudo, foi possível ver que o rompimento do testamento não protege apenas a legítima, mas sim a totalidade dos bens deixados pelo *de cuius* em benefício do herdeiro necessário.

No surgimento de herdeiro necessário desconhecido pelo testador no momento em que realizou seu ato de última vontade, rompe-se o testamento em todas suas disposições, protegendo os direitos do herdeiro necessário e desconsiderando por completo a vontade daquele que testou.

Viu-se também, em contrapartida ao rompimento do testamento, que no Direito das Sucessões existe a possibilidade de reduzir as disposições testamentárias excedentes à parte disponível, em defesa da legítima como proteção à família, assim mantendo a vontade do testador, parcialmente válida.

Com a redução das disposições testamentárias, pode-se observar o equilíbrio dos direitos, tanto do direito do herdeiro necessário por meio da legítima como também do testador, de poder fazer valer a sua vontade.

Com isso, foi possível detectar um conflito das normas que regulam estes institutos. O rompimento que invalida o testamento protegendo apenas o direito dos herdeiros necessários e a redução das disposições testamentárias, que restringe a vontade do autor para proteger os herdeiros, mas mantendo válida a disposição do testador até o limite da legítima.

Com isso, buscou-se na análise dos princípios da liberdade, igualdade, autonomia da vontade, razoabilidade e proporcionalidade uma forma de solucionar o conflito existente.

Pode-se observar que o rompimento do testamento viola os princípios da liberdade, igualdade e autonomia da vontade no momento em que defende apenas o direito dos herdeiros necessários e desconsidera a vontade do testador que é garantida por meio desses princípios.

Por serem princípios basilares da Constituição Federal de 1988, constatou-se que a aplicação do rompimento na forma como está expresso em lei é inconstitucional.

Com a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, percebeu-se ser possível a solução deste desequilíbrio harmonizando os dois institutos. Demonstrou-se que reduzir as disposições testamentárias seria um meio mais adequado, pois equilibra as vantagens e desvantagens em questão.

Diante disso, utilizar a redução das disposições testamentárias ou o rompimento do testamento de forma mitigada, quando do aparecimento de herdeiro necessário desconhecido ou ignorado, ao invés de romper o testamento, como disposto no Código Civil, terá protegido tanto o direito deste herdeiro necessário visando o benefício da família, como também o direito do testador, de fazer valer sua vontade quanto a disposição de seu patrimônio.

Efetuada o estudo da norma e aplicados os princípios constitucionais analisados, passou-se a observância da jurisprudência atual, onde foi possível ver uma perspectiva de mudança nas possibilidades de interpretação desta norma e uma aplicação mais justa e adequada às particularidades de cada caso.

Conclui-se assim, que os julgadores não mais decidem apenas em conformidade com a escrita fria da lei, mas também analisam direitos que podem ser prejudicados, buscando solução com base principiológica constitucional evitando a pura e simples aplicação do rompimento do testamento.

Desta forma, não aplicando o rompimento do testamento como está expresso em lei e sim utilizando da ponderação de direitos para permitir a redução das disposições testamentárias, de modo a também preservar a autonomia da vontade do testador e não apenas a proteção à família. Com isso, se faz comutativamente justiça, o que, no Direito Sucessório tem especial relevância, visto que o autor da herança, responsável pela transmissão e aquisição patrimonial já é falecido. Assim, sua vontade precisa ser presumida e preservada.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES FILHO, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Verbatim, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Testamento. Ruptura do art. 1.973 do Código Civil. Não ocorrência. Improvimento. Nº 1.273.684. Agravante: Fernando Tarrago Bastos Filho. Agravado: Espólio de Fernando Tarrago Bastos. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília: 17 de abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Civil. Sucessão testamentária. Conflito de normas. Primazia da vontade do testador. Recurso Especial nº 985.093. Recorrente: Carlos Alberto de Carvalho Bumachar. Recorrido: Leila Ferrão Bumachar. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Relator para o acórdão: Min. Sidnei Beneti. Brasília: 05 de agosto de 2010. *Lex: jurisprudência do STJ*, v. 254, p. 117, set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça (4. Região). Agravo de Instrumento. Inventário. Filho reconhecido após o testamento. Rompimento do testamento. Agravo de Instrumento nº 70040877979. Agravante: Fernando Tarrago Bastos Filho. Agravado: Espolio de Fernando Tarrago Bastos e outros, Cloe Bastos Pereira, Erlon Jose Benites Bastos. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre: 28 de abril de 2011.

CAHALI, Francisco José; FERNANDES, Giselda Maria; HIRONAKA, Novaes. *Direito das Sucessões*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARMINATE, Raphael Furtado. O Direito à Legítima e a Autonomia Privada do Testador. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 2, p. 33 e 59, mar./abr. 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, v. 5: família, sucessões. 4. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. Os Princípios Constitucionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. *Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais: Contribuições ao Debate*. 1. ed. (ano 2006), 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 6: direito das sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FÁVERO, Altair Alberto; GABOARDI, Ediovani Antônio. (Coord.). *Apresentação de trabalhos científicos: normas e orientações práticas*. 5. ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014.

FERREIRA FILHO, *Manual Gonçalves*. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 7: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade como Garantia Fundamental do Estado Democrático de Direito. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.) *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 429.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*, v. 6: Direito das Sucessões. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v.5: direito de família e sucessões. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito da Família*. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENEZES, de Rafael. *Direito das sucessões*. Disponível em: <<http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Direito-das-Sucess%C3%B5es/9>>. Acesso em: 13 abr. 15.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. Do rompimento do testamento. In: PENA JUNIOR, Moacir César. *Curso completo de direito das sucessões: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Método, 2009. p. 269. cap. 24.

PENA JUNIOR, Moacir César. *Curso completo de direito das sucessões: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 6. Direito das sucessões. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões: Lei n 10.406, de 10.01.2002*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 7: direito das sucessões. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. O Princípio da Proporcionalidade. In: PEIXINHO, Manoel messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.) *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 439.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.