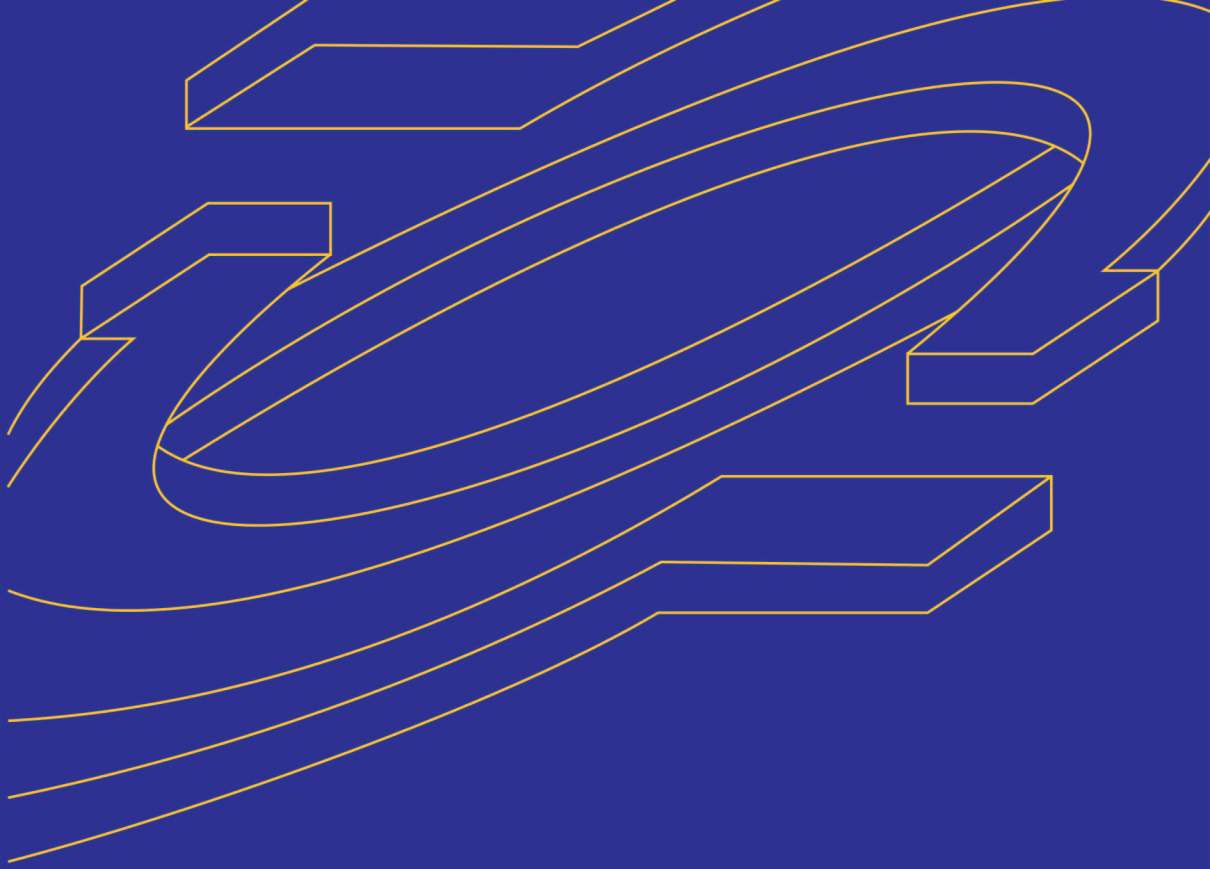

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME 32 NOVEMBRO 2014

Revista da

Faculdade de Direito

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 32

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
Reitor: Prof. Carlos Alexandre Netto
Vice-Reitor: Prof. Rui Vicente Oppermann

FACULDADE DE DIREITO
Diretor: Prof. Danilo Knijnik • **Vice-Diretor**: Prof. Carlos Klein Zanini

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Responsáveis técnicos:
Bibliotecária: Nariman Marisa Nemmen

Colaboradora:
Ana Luiza Vianna da Silva

Conselho Editorial:

Professores ex-diretores:
Almiro Régis do Couto e Silva
José Sperb Sanseverino
Peter Walter Ashton
Eduardo Kroeff Machado Carrion
Plínio de Oliveira Corrêa
Sérgio José Porto

Professores titulares:
Carlos Silveira Noronha
Cezar Saldanha de Souza Júnior
Cláudia Lima Marques
Humberto Bergmann Ávila
José Alcebíades de Oliveira Jr.

Professores doutores:
Alfredo de Jesus Dal Molin Flores
Augusto Jaeger Junior
Bruno Nubens Barbosa Miragem
Carlos Klein Zanini
Carlos Silveira Noronha
Carlos Eduardo Dieden Reverbel
César Viterbo Matos Santolim
Cezar Saldanha Souza Junior
Claudia Lima Marques
Daniel Mitidiero
Danilo Knijnik
Fabio Morosini
Gerson Luiz Carlos Branco
Glênio José Wasserstein Hekman
Humberto Bergmann Ávila
Igor Danilevicz
José Alcebíades de Oliveira Jr.
Juarez Freitas
Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles
Luciane Cardoso Barzotto
Luis Afonso Heck
Luiz Felipe Silveira Difini
Luis Fernando Barzotto
Luis Renato Ferreira da Silva
Marco Fridolin Sommer Santos
Martha Lúcia Olivar Jimenez
Odone Sanguiné
Rafael Da Cas Maffini
Ricardo Antonio Lucas Camargo
Roberta Camineiro Baggio
Sergio Viana Severo
Tupinambá Pinto de Azevedo
Vera Maria Jacob de Fradera
Wladimir Barreto Lisboa

Representante discente:
Gabriela Fischer Armani

Faculdade de Direito – UFRGS
Av. João Pessoa, 80 – CEP 90.040-000
Porto Alegre/RS – Brasil
Tel.: (51) 3308-3118 / 3308-3128 / 3308-3555 / 3308-3464
e-mail: diretor@direito.ufrgs.br
site: http://www.ufrgs.br

Revista da

Faculdade de Direito

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 32

Editora Sulina

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Bibliotecária Responsável: Nariman Marisa Nemmen

R454

Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Vol. 32 – Nov/2014, nº 1 (1949). – Porto Alegre: Sulina, 2014.

Indexada na Bibliografia Brasileira de Direito (BBD) e em *LAPTOC – Latin American Periodicals Tables of Contents*.

ISSN: 0104660-8

1. Direito – Periódicos. 2. Ciências Jurídicas. 3. Ciências Sociais. 4. Ciências Políticas. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito.

CDD: 340
CDU: 34(05)

Editora Sulina

Editora Meridional Ltda.

Av. Osvaldo Aranha, 440 cj. 101
CEP: 90.035-190 - Porto Alegre-RS
Tel: (51) 3311-4082

www.editorasulina.com.br
e-mail: sulina@editorasulina.com.br

Pede-se permuta • Se pide canje • We ask for exchange
On demande del l'echange • Wir bitten um Austausch • Si richieri lo scambo

Sumário

SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA: QUESTÕES CONTROVERSAS 7
Ádamo Brasil Dias

RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE POR TESTAMENTO ... 33
Ana Lúcia Alves Feliciani

REFLEXO DO REGIME DE BENS NO DIREITO CONCORRENCIAL SUCESSÓRIO 58
André Luis Rodrigues Pedrozo

REPENSANDO A TUTELA DOS DIREITOS 76
Carlos Silveira Noronha

EFEITOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL/EFFECTS OF MARRIAGE AND STABLE UNION 98
David Adriano Nota

LINHAS GERAIS SOBRE DIREITO SUCESSÓRIO NA ANTIGUIDADE: DO EGITO AO DIREITO ROMANO 118
Débora Cristina Holenbach Grivot

LEGITIMIDADE E RESPONSABILIDADE DO JUDICIÁRIO EM UM AMBIENTE DEMOCRÁTICO 142
Eurípedes Gomes Faim Filho

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA AOS CULTOS E A LIBERDADE DE CRENÇA EM UM ESTADO LAICO 185
Fabiane Simioni

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: ASPECTOS POLÊMICOS. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA 198
Felipe Cunha de Almeida

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA 227
Luciane Faraco

LEVIN GOLDSCHMIDT 243
Peter Walter Ashton

ALIMENTOS TRANSITÓRIOS E ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS 251
Valéria Nahas Fagundes

SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA: QUESTÕES CONTROVERSAS

Ádamo Brasil Dias[1]

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO

O fideicomisso se origina na Roma antiga, no tempo da república, com o intuito de contornar a rigidez da lei escrita que feria de incapacidade sucessória passiva determinadas pessoas, obrigando o testador a buscar uma forma de burlar a norma.

O que ocorria é que pessoas de classes inferiores a do testador não possuíam os mesmos direitos, inclusive com impossibilidade de apresentarem-se como partes em atos públicos.[2] Todavia, como isso não impedia a geração de um vínculo afetivo com a pessoa do testador, não era incomum que esse quisesse deixar herança ou legado para tais pessoas.

Para transpor o obstáculo legal, o testador pedia ao seu herdeiro que fizesse a entrega do patrimônio ao terceiro que desejava beneficiar. No dizer de Armando Dias de Azevedo[3]: "esse pedido era votado à boa fé do herdeiro – *fidei tua comitto* – donde a expressão *fideicommissum,* da qual derivou *fideicomisso*." [sic] Vale registrar que o instituto não tinha qualquer amparo legal, de modo que a execução da liberalidade ficava inteiramente confiada à boa-fé, honestidade e honradez do fiduciário.[4]

---

1 Advogado militante, especialista em Direito Público.

2 MEIRA, José Corrêa de. *Do fideicomisso*: apontamentos de um juiz sobre as substituições fideicommisarias em geral. Analyse das principaes questões. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1929, p. 11.

3 AZEVEDO, Armando Dias de. *Do fideicomisso*. Porto Alegre: Boa Imprensa, 1938, p. 5.

4 MEIRA, op. cit., p. 12.

Como registra Silvio Venosa, inicialmente nada obrigava o fiduciário a cumprir o prometido, a não ser o dever moral.[5] Ocorre que em determinada ocasião de escandalosa infidelidade do fiduciário, o imperador Augusto determinou que os cônsules impusessem sua autoridade a fim de constranger administrativamente aquele ao cumprimento do fideicomisso. No dizer de Pontes de Miranda, "era o picar da casca do ôvo: o *direito* nascia".[6] A partir de então, a intervenção estatal passou a ser normal, sendo criados pelo imperador Claudio os cargos de *praetor fideicomissarius* para desempenhar tal função, que vieram a ser reduzidos posteriormente para um só, pelo imperador Tito.[7]

Quatro foram as fases por que passou o fideicomisso no direito romano, conforme análise de Moreira Alves:[8] "em um primeiro momento, a transferência se dava pela venda fictícia, de modo que o fideicomissário figurava como comprador da herança (*loco emptoris*); em um segundo período, com o *senatusconsulto Trabaliano*, o fideicomissário é reputado herdeiro pretoriano (*loco heredis*); em momento histórico seguinte, é tido ora como herdeiro pretoriano, ora como legatário parciário; por fim, no quarto período do fideicomisso, o fideicomissário é tido como verdadeiro herdeiro".

O fideicomisso passou então a ser amplamente utilizado, chegando ao ponto de desnaturar-se o instituto em dado período, quando possível que fosse perpétuo. Visando a corrigir isso e evitar a imobilização de bens, Justiniano reduziu-o ao quarto grau.[9] Podiam ser objeto de fideicomisso coisas singulares como terrenos, escravos, roupas, prata ou dinheiro.[10] Ademais, somente pelo fideicomisso era permitido conferir liberdade a um escravo.[11]

---

5 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 287.

6 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. LVIII. atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 191-192.

7 AZEVEDO, Armando Dias de. *O Fideicomisso no Direito Pátrio*: Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 4.

8 MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 819.

9 Ibidem, p. 4-5.

10 GAIUS. *Institutas do jurisconsulto Gaio*. Tradução: CRETELLA Jr., J.; CRETELLA, Agnes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 124.

11 Ibidem, p. 126.

O direito canônico aproveitou o instituto[12] mantendo-o em vigor a fim de assegurar a transmissão dos bens a obras pias ou ordens religiosas, cabendo a um clérigo o desempenho da função que até então era do pretor fideicomissário.[13]

Entretanto, foi na Idade Média que o instituto se consolidou, ganhando grande importância para conservar o patrimônio familiar reunido, o qual era passado de geração em geração – normalmente ao filho primogênito[14] – por meio dos morgados. Segundo Venosa, "o morgadio era uma forma feudal para se manter a terra com as famílias dos senhores".[15] Como disse Pontes de Miranda,

> o feudalismo encontrou nos fideicomissos o molde jurídico que se prestava à sua índole política e social, ao orgulho e espírito de conservação de seu tempo. Desenvolveu-o. Usou dele, e dele abusou. A injustiça social das hereditariedades econômicas chegou ao requinte. São os morgados, os vínculos. Vemo-los perdurar de pais a filhos, a netos, a bisnetos, cada geração com o mesmo séquito de credores.[16]

Diante de tais abusos, o fideicomisso acabou por ser afastado do ordenamento francês no período.[16] Em alguns ordenamentos, a vedação persiste até os tempos atuais, o que é destacado pela doutrina argentina[18], aludindo ao art. 3.723 do Código Civil argentino[19], e italiana[20], art. 627 do Código Civil italiano[21], em que as hipóteses de fideicomisso são excepcionalíssimas.

O instituto foi acolhido pelo direito português, embora tenha recebido

12 AZEVEDO, op. cit., p. 7.

13 VENOSA, op. cit., p. 287-288.

14 WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das sucessões. V. 5. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 167.

15 VENOSA, op. cit., p. 287-288.

16 PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 192.

17 Ibidem, p. 192.

18 ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de lãs sucesiones*. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 603-604.

19 *El derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar a éste un sucesor.*

20 BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. La famiglia. Le successioni, V. 2. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 716.

21 *Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di persona interposta.*

pouco tratamento positivado, cabendo aos costumes papel importante.[22] As Ordenações Afonsinas e Manuelinas silenciaram sobre o instituto, que foi abordado apenas nas Ordenações Filipinas de forma superficial e incompleta, conforme registrou Armando Dias de Azevedo em monografia sobre o tema.[23] Em outra obra, o mesmo autor resgata importante exemplo de fideicomisso caracterizado na realeza portuguesa:

> é clássico o caso da rainha Santa Isabel, já viúva do rei D. Diniz, o Lavrador, que, em seu testamento, incluiu este legado: "Mando a minha coroa de esmeraldas à rainha D. Beatriz, minha filha, e rogo-lhe que a deixe à infanta D. Maria, sua filha". Típico fideicomisso, embora não empregasse, na deixa, tal palavra, que, aliás, como se verá mais adiante, nunca foi sacramental.[24]

O fideicomisso ingressou no Brasil por meio das Ordenações filipinas, que vigoraram até o último dia do ano de 1916 – as quais paradoxalmente já estavam revogadas meio século antes em Portugal.[25]

Após uma série de tentativas infrutíferas de codificação civil, cuja tarefa circulou por pelo menos cinco diferentes nomes de peso, foi em 1900 que Clóvis Beviláqua encaminhou a uma comissão revisora da Câmara dos Deputados o projeto de código civil. Apenas em 1° de janeiro de 1916, não sem atender a uma série de correções apontadas por Rui Barbosa,[26] o Código Civil veio a ser promulgado. Nesse processo legislativo, a substituição fideicomissária esteve a risco de ser suprimida do código devido a uma vitória por maioria no Senado nesse sentido. Todavia, a Câmara de Deputados restabeleceu o instituto, restando intacto o texto revisto por Rui Barbosa.[27]

Essa ameaça de retirada do fideicomisso da legislação brasileira quando da elaboração do Código Civil de 1916 tinha por fundamento a inutilidade do instituto, o que evidentemente não era verdadeiro, uma vez que o instituto possui grande potencial de

---

22 WALD, op. cit., p. 167.

23 AZEVEDO, Armando Dias de. *Do fideicomisso*. Porto Alegre: Boa Imprensa, 1938, p. 7.

24 Idem. *O Fideicomisso no Direito Pátrio*: Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 11.

25 Ibidem, p. 13.

26 Importante destacar que todas as emendas relativas ao fideicomisso foram aceitas pelo Congresso Nacional.

27 Ibidem, p. 14-15.

utilidade quando há o intento de beneficiar uma pessoa que ainda não exista quando da abertura da sucessão.[28]

Sofrendo algumas alterações na transição do Código Civil de 1916 para o atual, o fideicomisso permanece inserido como modalidade de substituição, ao lado da substituição vulgar, na qual a substituição ocorre somente na ausência do substituído – contrapondo-se à substituição fideicomissária, em que a vocação ocorre em favor de ambos.[29]

2 CONTORNOS

O fideicomisso teve lugar garantido em nosso sistema especialmente por conferir ao testador a possibilidade de assegurar a destinação de herança a pessoa ainda não concebida ao tempo da abertura da sucessão, o que torna incontestável a sua utilidade, no entender de Silvio Venosa.[30]

Aliás, por essa mesma razão, ainda no início do século passado, José Corrêa de Meira[31] destacava que mesmo nos países mais resistentes ao fideicomisso, a exemplo da França, houve o reconhecimento de sua utilidade como meio para deixas testamentárias em favor daqueles que ainda não haviam sido concebidos.

Como bem apontado pela doutrina,[32] é possível elencar três requisitos indispensáveis à caracterização da substituição fideicomissária, a saber:

a) Dupla vocação hereditária, uma vez que ao mesmo tempo são instituídos dois herdeiros ou legatários, um fiduciário e outro fideicomissário.

b) Ordem sucessiva que exige a ocorrência do evento resolutivo, seja ele decorrente de condição, termo ou morte do fiduciário.

c) Dever de conservação dos bens pelo fiduciário, que deverão ser destinados ao fideicomissário no momento oportuno.

Há quem inclua ainda como um quarto requisito a obrigatoriedade de que o fideicomissário não tenha sido concebido à data da abertura da sucessão.[33]

---

28 MALUF, Nagib Antônio. *Fideicomisso no Direito Brasileiro*. São Paulo: Hemus, 1987, p. 18.

29 WALD, op. cit., p. 162.

30 VENOSA, op. cit., p. 297.

31 MEIRA, op. cit., p. 34.

32 GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 213.

33 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões: das substituições no Código Civil de 2002. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 66, p. 42-59, jan. 2006.

É importante que se perceba que os requisitos não podem sofrer distorção interpretativa, o que acabaria por desvirtuar o instituto, como, por exemplo, a hipótese em que o testador estabelece uma condição para que determinada pessoa suceda, o que por certo não é a mesma coisa que estabelecer uma condição para a resolução da propriedade do fiduciário. Arnaldo Rizzardo esclarece que

> não se trata de fideicomisso, mas de substituição testamentária, quando, não realizada uma condição, é estipulado que os bens vão a outra pessoa, já vindo indicada ou esclarecido quem irá receber. Há, aí, testamento sob condição, como aparece neste caso: "O testador demonstrou ser de sua vontade que os bens correspondentes fossem aos filhos consanguíneos de sua filha, se ela os tivesse; se não os tivesse, os bens iriam a seus netos, dele testador (verificados ao tempo de sua morte ou da abertura da sucessão, numa clara disposição em favor da prole eventual de seus outros filhos). Não verificada a condição resolutiva, os bens postos sob fideicomisso passavam (como passaram) à propriedade definitiva dos fideicomissários.[34]

Outro aspecto relevante a ser considerado é o dever de conservação dos bens pelo fiduciário, uma vez que isso suscita de imediato a dúvida sobre se estar diante de caso de inalienabilidade ou não.

Silvio Venosa[35] esclarece que o bem fideicomitido poderá ser gravado com cláusula de inalienabilidade, de modo que, sendo uma faculdade, não se trata de uma consequência automática do fideicomisso. Aliás, Armando Dias de Azevedo é categórico ao afirmar que a alienabilidade no fideicomisso nunca se presume.[36] Nessa linha, consoante magistério de Silvio Rodrigues "quando o testador realmente deseja que os bens fideicomitidos cheguem às mãos do fideicomissário, deve impor a cláusula da inalienabilidade".[37]

Segundo Pontes de Miranda,[38] a alienação feita a terceiros é válida, não podendo haver reivindicação do fideicomissário em nenhum tempo, sendo resguardado o direito de ação

---

34 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 495.

35 VENOSA, op. cit., p. 290.

36 AZEVEDO, op. cit., p. 78.

37 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das sucessões, V. 7. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 248.

38 PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 226-227.

contra o fiduciário. Por outro lado, Caio Mário da Silva Pereira[39] entende que por ser a propriedade do fiduciário resolúvel, necessariamente ocorrerá a resolução das alienações feitas a terceiros quando chegar o momento de transmitir a herança ou o legado ao fideicomissário.

Diante desse impasse, parece acertada a solução apontada por Silvio Venosa,[40] segundo a qual deverá ser levada em consideração a boa-fé do terceiro adquirente, a qual estará em crise quando houver sido averbado o fideicomisso na matrícula do imóvel fideicomitido antes da transferência ao domínio daquele.

Por outro lado, dúvidas surgem quanto à validade da disposição testamentária que confere ao fiduciário o direito de dispor livremente dos bens fideicomitidos, incumbindo-lhe tão somente o dever de transferir ao fideicomissário o que sobrar. A tal espécie a doutrina dá o nome de fideicomisso de resíduo.

No entendimento adotado por Armando Dias de Azevedo, ainda na vigência do código anterior, não haveria qualquer restrição ao fideicomisso de resíduo, se fosse da vontade do testador e houvesse menção expressa a tal direito excepcional do fiduciário. Desejando o fideicomitente que os bens chegassem integralmente ao fideicomissário, bastaria não dispor nada a respeito ou, ainda, gravar os bens com cláusula de inalienabilidade.[41] A doutrina parece inclinar-se nesse sentido.[42]

Uma vez gravado o bem fideicomitido com cláusula de inalienabilidade, a sub-rogação do bem por outro é questão que gera cisão entre os autores. Silvio Venosa[43] esposa a ideia de que sendo possível a sub-rogação em outros bens ordinariamente gravados com a inalienabilidade, não haveria motivos para deixar de adotar o mesmo procedimento com relação aos bens fideicomitidos. Por outro lado, há autores sustentando entendimento contrário, arguindo que isso implicaria em descumprimento da vontade do testador.[44] Os argumentos de ambas as correntes são fortes, de modo que são os elementos fáticos de cada caso que apontarão o caminho a seguir. Sope-

---

39 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: direito das sucessões. v. 4. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 277.

40 VENOSA, op. cit., p. 289.

41 AZEVEDO, op cit., p. 78.

42 CARVALHO, op. cit., p. 54.

43 VENOSA, op. cit., p. 294.

44 CARVALHO, op. cit., p. 53.

sando os interesses em discussão no caso concreto, caberá ao juiz a pesada responsabilidade de solucionar a lacuna legal.

2.1 Sujeitos

Tratando-se de espécie peculiar de substituição, necessariamente três serão os integrantes da relação estabelecida pelo fideicomisso: o fideicomitente, situado na pessoa do testador; o fiduciário, que é o primeiro a suceder e possui propriedade restrita e resolúvel;[45] e, por fim, o fideicomissário, titular de um direito eventual de receber a herança quando ocorrido o termo ou a condição estabelecidos, ou, ainda, quando da morte do fiduciário.[46]

Ao fideicomitente cumpre o dever de observar as limitações do fideicomisso, sob pena de inviabilizar a caracterização do instituto. O fideicomisso não deverá recair sobre a legítima[47] nem poderá ir além da pessoa do fideicomissário, estando vedado o fideicomisso além do segundo grau,[48] sob pena de nulidade das disposições que exorbitem tal limite. Caso inobservada tal regra, valerá o fideicomisso apenas até o fideicomissário segundo Venosa.[49] Silvio Rodrigues também adere a esta corrente.[50]

Com entendimento diferente, Caio Mário da Silva Pereira entende que "se invalida a cláusula determinante da substituição, mas prevalece a deixa, instituída em favor do fiduciário, que destarte recebe os bens em propriedade plena e livre,"[51] posição esta também adotada por Clóvis Bevilaqua.[52] Há que se tecer crítica aos eminentes autores, pois o raciocínio parece pouco razoável, haja vista que iria de encontro à vontade manifesta do testador de beneficiar em definitivo o fideicomissário.

O segundo sujeito nesta relação é o fiduciário, que se apresenta como o primeiro sucessor, com propriedade

---

45 CC/02, art. 1.953. O fiduciário tem a propriedade da herança ou do legado, mas restrita e resolúvel.

46 VENOSA, op. cit., p. 286.

47 RODRIGUES, op. cit., p. 244.

48 CC/02, art. 1.959. São nulos os fideicomissos além do segundo grau.

49 VENOSA, op. cit., p. 289.

50 RODRIGUES, op. cit., p. 249.

51 PEREIRA, op. cit., p. 279.

52 BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, p. 542.

resolúvel. Ainda que possua a propriedade do bem, deverá o fiduciário administrar o bem recebido com diligência, inclusive respondendo pelos encargos e pelas despesas de conservação, responsabilizando-se pelos danos causados ao patrimônio fideicomitido quando incorrer em culpa, consoante tradicional ensinamento de Arnoldo Wald.[53] Tal como já era tratado no Código Civil de 1916, estará obrigado o fiduciário à prestação de caução quando exigir o fideicomissário, a fim de assegurar que os bens serão restituídos.[54]

Cumpre ao fiduciário também inventariar os bens fideicomitidos,[55] podendo vir a ser compelido judicialmente a pedido dos interessados na herança, dentre os quais o fideicomissário e o testamenteiro, inclusive com a possibilidade de ser impedido de ingressar na posse dos bens até que atenda ao dever de inventário.[56]

Em compensação, "o fiduciário tem direito aos frutos percebidos e poderá realizar as modificações necessárias à melhor utilização do bem, podendo levantar as benfeitorias realizadas, tendo direito de retenção caso não haja pagamento da indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis."[57] No magistério de Pontes de Miranda, terá o fiduciário direito ao reembolso quando custear despesas extraordinárias que se revelaram necessárias, salvo no caso de ter sido utilizado patrimônio da própria herança para cobri-las.[58]

Como último sujeito a compor a tríade, o fideicomissário será necessariamente pessoa ainda não concebida à data da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.952 do Código Civil.[59] Isso remete à dificuldade identificada por Pontes de Miranda[60] no Código anterior ao falar em "prole eventual", uma vez que

---

53 WALD, op. cit., p. 168.

54 SOUZA, Orlando de. *Prática dos testamentos*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1969, p. 129-130.

55 CC/02, Art. 1.953, Parágrafo único. O fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restitui-los se o exigir o fideicomissário.

56 VENOSA, op. cit., p. 294.

57 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 331-354.

58 PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 247.

59 CC/02, art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

60 PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 75.

havia alguns conflitos de interpretação decorrentes de tão incerto termo, que felizmente não se repete na lei atual.

Orlando Gomes descreve o fideicomissário como sendo "o herdeiro, ou legatário, que tem *direito eventual* a receber a herança, ou o legado, deferidos ao fiduciário precisamente para restitui-los a ele."[61]

Embora seja assegurado ao fideicomissário o direito de adotar as providências necessárias para defender os seus interesses,[62] não poderá anular as vendas feitas pelo fiduciário, haja vista que esse só poderá vender aquilo que possui, ou seja, um direito de propriedade resolúvel. Caso o faça, o adquirente dos bens fideicomitidos terá a propriedade apenas até o momento em que for resolvido o fideicomisso, ocasião em que o domínio passará por completo ao fideicomissário.[63]

Por essa mesma razão, entende Guilherme Calmon Nogueira da Gama que não havendo vedação no testamento poderá o fideicomissário dispor do seu direito eventual por meio de cessão de direito em favor de terceiro.[64] Nessa esteira, Arnoldo Wald adotou entendimento de que a cessão seria possível desde que a transferência estivesse subordinada a termo fixo, pois se fosse por morte do fiduciário estar-se-ia diante de possível pacto sucessório, vedado pelo ordenamento pátrio.[65]

No que toca ao direito de aceitar ou repudiar a herança, a renúncia do fideicomissário implicará na caducidade do fideicomisso nos termos do art. 1.955 do mesmo diploma.[66] Por outro lado, "a renúncia do fiduciário à herança ou ao legado atribui ao fideicomissário o poder de aceitar o benefício sucessório, salvo disposição diversa feita pelo testador",[67] conforme previsão do art. 1.954 do Código Civil.[68]

Nesse particular, é oportuno confrontar o referido dispositivo com o

---

61 GOMES, op. cit., p. 216.

62 CC/02, Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

63 WALD, op. cit., p. 168.

64 GAMA, op. cit.

65 WALD, op. cit., p. 168-169.

66 Art. 1.955. O fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado, e, nesse caso, o fideicomisso caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador.

67 GAMA, op. cit.

68 Art. 1.954. Salvo disposição em contrário do testador, se o fiduciário renunciar à herança ou ao legado, defere-se ao fideicomissário o poder de aceitar.

parágrafo único[69] do art. 1.952, pois há aparente incongruência sistemática. É que embora ao nascituro sejam resguardados direitos, enquanto não nascer com vida não terá capacidade civil para exercer a aceitação sobre a qual alude o art. 1.954. E isso só piora quando o fideicomissário sequer foi concebido. Por outro lado, se já houver nascido (com vida), então não haverá necessidade de qualquer aceitação, uma vez que será aplicável o disposto no parágrafo único do art. 1.952 do mesmo diploma e, por conseguinte, o fideicomissário assumirá a nua-propriedade. A questão parece complicar-se ainda mais quando Orlando Gomes[70] defende que "a renúncia não poderá ocorrer no momento da abertura da sucessão, pois o fideicomisso só pode ser instituído em favor de pessoas não concebidas", haja vista que isso leva à ideia de que pelo mesmo motivo a aceitação também não poderia ocorrer.

Entretanto, a incongruência é apenas aparente, uma vez que ao nascituro será conferido curador,[71] a quem competirá exercitar os atos necessários à conservação dos seus direitos. E mais, havendo interesse de menor ou incapaz, o inventário necessariamente se processará judicialmente e sob fiscalização do Ministério Público, de modo que eventual repúdio ou aceitação da herança pelo curador do fideicomissário (nascituro) necessariamente deverá levar em consideração o melhor interesse do incapaz.

Ainda no que diz respeito aos sujeitos envolvidos, parece relevante trazer a lume as figuras dos fideicomissos eletivos[72] abordadas por Pontes de Miranda em sua maior obra.

O eminente jurista defendia a viabilidade dos fideicomissos eletivos, nos quais caberia ao fiduciário a escolha do fideicomissário, fundamentando seu entendimento na faculdade trazida pelo art. 1.668, I, do antigo Código,[73] em que era possível instituir herdeiro pessoa incerta a ser determinada por terceiro. O atual art. 1901,

---

69 Art. 1.952, parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

70 GOMES, op. cit., p. 218.

71 Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

72 PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 215.

73 CC/16, Art. 1.668. Valerá, porém, a disposição: I. Em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre diversas pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo collectivo, ou a um estabelecimento por elle designado.

I, do Código Civil possui idêntica redação, o que implicaria a necessária aceitação dos fideicomissos eletivos se adaptados às exigências hodiernas da substituição fideicomissária.

2.2 Momentos

Nos termos do art. 1.951 do Código Civil,[74] o direito do fiduciário pode ser resolvido em favor do fideicomissário em decorrência de termo, condição ou morte daquele,[75] o que inevitavelmente remete à necessidade de observância das disposições da parte geral do mesmo diploma (art. 121 e seguintes).

Importa dizer, o fideicomisso possui basicamente dois momentos:[76] o primeiro é a abertura da sucessão, ocasião em que se verifica a dupla vocação hereditária, mas a herança ou legado ingressa no domínio do fiduciário; o segundo momento se verifica quando da ocorrência do gatilho previsto pelo testador – condição, termo ou morte do fiduciário – para que o patrimônio chegue ao seu destinatário final, o fideicomissário.

Por ser o fideicomisso no Brasil autorizado tão somente em favor dos não concebidos à data da abertura da sucessão, revela-se imperiosa a aplicação do disposto no art. 1.800, §4°, do Código Civil,[77] de modo a não tornar interminável a espera pela prole eventual. Isso pode criar algumas dificuldades interpretativas no tocante ao momento em que terá início a contagem do prazo de dois anos para o nascimento do herdeiro esperado.

Por tal razão, a fim de evitar que o direito se consolide na mão do fiduciário, o que tornaria inócua a substituição fideicomissária e acabaria por desatender à vontade do testador, é de se cogitar que a contagem do prazo para a concepção do herdeiro não se inicie na abertura da sucessão, mas sim no momento em que se opera a condição, termo ou morte do fiduciário.[78] Até mesmo porque, embora o fiduciário seja também herdeiro, é

---

74 Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

75 GAMA, op. cit., p. 331-354.

76 PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 205.

77 Art. 1.800, § 4º. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

78 CARVALHO, op. cit.

fato que o fideicomissário é o destinatário final da herança, o que suscitaria a aplicação do art. 133 do Código Civil,[79] no sentido de ser adotada interpretação do testamento que seja mais benéfica ao herdeiro definitivo.

Entretanto, a questão não é pacífica. Adotando entendimento diametralmente oposto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que

> caso não tenha ocorrido a concepção do fideicomissário até o momento da resolução do direito do fiduciário, é de se reconhecer a caducidade do fideicomisso, consolidando-se a propriedade no fiduciário (nas hipóteses de termo ou condição) ou nos seus herdeiros (no caso de morte do fiduciário). A única hipótese em que não haveria caducidade do fideicomisso seria a da previsão testamentária expressa a respeito de um prazo de espera para a concepção do fideicomissário, mesmo após se ter operado a resolução do direito do fiduciário.[80]

Embora a casuística possa criar uma série de complicações quando da aplicação da norma, parece-nos que a primeira corrente tende a sintonizar-se melhor com a sistemática adotada pelo Código, buscando preservar ao máximo a vontade do testador. A título de exemplo, poder-se-ia imaginar a situação em que o testador pretende deixar determinado legado ao seu primeiro neto, que deverá recebê-lo quando da morte do fiduciário. Ocorre que o fiduciário vem a falecer dois anos após a morte do testador, dias antes de o fideicomissário vir a ser concebido. Se a contagem do prazo de dois anos para nascimento do fideicomissário tivesse início quando da morte do testador, então no presente exemplo o legado passaria à sucessão do fiduciário em definitivo por haver caducado o fideicomisso. Com isso, estar-se-ia a adotar interpretação contrária à vontade do testador, além de ser contrária à orientação do art. 133 do Código Civil.

A adoção de interpretação gramatical do §4° do art. 1.800 conduz com mais facilidade à conclusão de que a contagem do prazo tem início com a abertura da sucessão e não com o implemento da hipótese prevista pelo testador para que ocorra a transferência patrimonial ao fideicomissário. Entretanto, esse não parece ser o espírito da lei, de modo que uma interpretação gramatical pura traria grave

---

79 Art. 133. Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes.

80 GAMA, op. cit.

risco de ferir o intento do legislador de proteger a vontade do testador. É válido o alerta de Luís Roberto Barroso de que "embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo."[81]

Daí que, sabendo-se que o Código busca preservar a vontade do testador, uma vez que esse não estará mais presente para esclarecê-la quando do cumprimento do testamento, é mais razoável a utilização de interpretação teleológica[82] e sistemática[83] a fim de não sacrificar justamente aquilo que mais se busca proteger nas disposições de última vontade.

Todavia, há que se reconhecer que essa interpretação pode vir a gerar um problema nos casos em que o fiduciário renuncia à herança antes mesmo de o fideicomissário ter sido concebido. Nesse caso, a doutrina que detectou o problema[84] defende que a herança fique sob os cuidados de um administrador até que seja o fideicomissário concebido ou esgote-se o prazo para isso.

2.3 Caducidade

A caducidade do fideicomisso é a ineficácia da disposição nos moldes da substituição fideicomissária decorrente de algumas ocorrências posteriores ao testamento. Orlando Gomes[85] enumera seis possibilidades: a) a incapa-

---

81 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 127.

82 George Salomão Leite esclarece que "através do elemento teleológico busca-se a *ratio legis*, a razão da lei. Nela o intérprete procura conhecer a finalidade, o valor que está por trás do enunciado prescritivo." (LEITE, George Salomão. *Interpretação Constitucional e Tópica Jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 33.)

83 Segundo Luís Roberto Barroso, "o método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas". (BARROSO, op. cit, p. 136.)

84 BORGHI, Hélio. O novo Código Civil e as inovações no direito das sucessões: a nova forma de substituição fideicomissária. In: *Revista de Direito Privado*, V. 8, n. 31, p. 91-118.

85 GOMES, op. cit., p. 217.

cidade sucessória do fideicomissário; b) a morte do fideicomissário anterior à do fiduciário (art. 1.958); c) o nascimento do fideicomissário antes da morte do testador (art. 1.950, parágrafo único); d) a morte do fideicomissário antes de realizada a condição resolutória prevista (art. 1.958); e) a renúncia (art. 1.955); f) o perecimento da coisa sem culpa do fiduciário (art. 1.939, III).[86]

No que diz respeito à renúncia pelo fideicomissário, que sempre deverá ser expressa mediante escritura pública ou termo judicial,[87] via de regra não ocorrerá quando da abertura da sucessão, haja vista que aquele normalmente não terá sido concebido ainda, nos termos do art. 1.952 do Código Civil. Por outro lado, já tendo nascido o fideicomissário quando da abertura da sucessão, converter-se-á o fideicomisso em usufruto, nos termos do art. 1.952, parágrafo único, do Código Civil.

Arnoldo Wald elenca a renúncia do fiduciário como causa de caducidade também. Nessa esteira, Silvio Venosa alerta que pode ocorrer de o fiduciário renunciar à herança antes de ter sido concebido o fideicomissário, hipótese em que os bens deveriam ser entregues aos cuidados de um administrador até que sobrevenha a prole eventual aguardada. Entretanto, tendo em vista que não prevê a lei essa hipótese, o ideal é que o testamento traga previsão nesse sentido, inclusive com prazo para o encargo do administrador.[89]

Outra questão que suscita debates na doutrina é a hipótese em que o fiduciário morre antes da implementação da condição ou do termo previsto para a transferência da herança ao fideicomissário. Nestes casos, Silvio Venosa entende que se não houver previsão no testamento a respeito e nem qualquer disposição que proíba, o mais lógico seria que os bens fossem passados ao fideicomissário.[90]

Pontes de Miranda adotou posicionamento diverso:

> aqui, o fiduciário recolheu a herança e a mantém, mas, antes de dever entregá-la, morre. Pode o fideicomissário pedi-la? Preliminarmente, se o testador quis que só aos 30 anos se entregasse o bem ao

86 Neste caso, não ocorrerá a caducidade se houver sub-rogação no valor de seguro estipulado sobre os bens. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: direito das sucessões. v. 4. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 279.)

87 SOUZA, op. cit., p. 130.

88 WALD, op. cit., p. 169.

89 VENOSA, op. cit., p. 292-293.

90 Ibidem, p. 293.

> fideicomissário, ou se se formar em direito, não se pode cogitar de entrega cuja condenação ressalta *ex voluntate*. Ou os bens ficarão com os herdeiros do fiduciário, ou com o testamenteiro; só o testamento poderá decidir, presumindo-se que o testador tenha querido que fique com os herdeiros do fiduciário. Se o termo ou condição só se referia ao interesse do fiduciário que, com a morte, desaparece, a situação é diferente: presume-se que o testador quis a passagem, desde logo, ao fideicomissário.[91]

Parece ser essa última linha de raciocínio a que mais se coaduna com a sistemática do fideicomisso. Aliás, esse é também o entendimento adotado por Caio Mario da Silva Pereira, que ainda esclarece que havendo pluralidade de fiduciários, a substituição só ocorrerá com a morte do último.[92]

Ora, se o fiduciário possui a propriedade, ainda que resolúvel, o destino de tais bens deverá ser a sua própria sucessão, salvo nos casos em que a causa para a substituição fideicomissária for a sua morte. Portanto, enquanto não satisfeita a condição ou alcançado o termo, conforme exemplo anterior trazido por Pontes de Miranda, não estará resolvido o fideicomisso, devendo ser transferida a propriedade resolúvel aos sucessores do fiduciário. Sustentar raciocínio contrário alçaria a morte do fiduciário a uma posição de preferência em relação às hipóteses de estabelecimento de termo ou condição, uma vez que essas causas de resolução do fideicomisso seriam sempre suprimidas quando viesse o fiduciário a falecer. Com isso, estar-se-ia a dar ao fideicomisso solução idêntica à conferida ao usufruto, institutos que não se confundem.

Além das hipóteses de caducidade já elencadas, Luiz Paulo Vieira de Carvalho acrescenta ainda a hipótese de exclusão do fiduciário.[93] Todavia, parece ser necessário algum cuidado na consideração da hipótese, uma vez que se aplicaria sem maiores perquirições apenas nos casos em que o fideicomitente houvesse estipulado a morte do fiduciário como causa de resolução do fideicomisso. Tendo sido estipulado termo ou condição, o raciocínio a ser feito deverá ser o mesmo abordado no parágrafo anterior.

Silvio Venosa[94] atenta ainda a outra questão, não prevista pela lei, que é o de indignidade do fideicomissário em

---

91 PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 229.

92 PEREIRA, op. cit., p. 278.

93 CARVALHO, op. cit., p. 57.

94 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 291.

relação ao fiduciário. No entendimento do autor, seria sumamente imoral que o fideicomissário recebesse os bens se atentasse contra a vida do fiduciário, por exemplo, ou incorresse em alguma das outras hipóteses elencadas pelo art. 1.814 do Código Civil.[95] A preocupação do autor é oportuna, embora exija algumas ressalvas.

A primeira observação a ser feita diz respeito à aplicabilidade da norma extensivamente ao caso, pois não há vocação hereditária entre fiduciário e fideicomissário. Ora, sendo a dupla vocação hereditária um dos requisitos à caracterização do fideicomisso, a verificação de causa de indignidade deve estar restrita à relação entre fideicomitente e herdeiros. Não se trata de um ato de disposição de última vontade do fiduciário, mas do fideicomitente, razão pela qual a vontade desse último há que ser respeitada se contra ele não houver o fideicomissário incorrido em nenhuma das previsões do art. 1.814. Vale lembrar que está fora da alçada do fiduciário o cumprimento do fideicomisso, sendo indiferente a sua vontade. Por isso, parece exagero que o fideicomissário venha a perder o direito à herança deixada pelo fideicomitente apenas porque não permitiu que o fiduciário fizesse testamento, nos termos do art. 1.814, III, do Código Civil.

Por outro lado, é acertada a preocupação do autor em não se permitir que o fideicomissário possa se beneficiar de sua própria torpeza ao poder herdar após assassinar o fiduciário, que até então era o proprietário dos bens da herança. Seria certamente imoral que se permitisse ao fideicomissário antecipar o recebimento de sua herança tirando a vida do fiduciário. Por isso, embora não previsto na norma, deixar de aplicar à espécie por analogia o art. 1.814, I, do Código Civil, culminaria em uma premiação do criminoso. Portanto, pela mesma razão que é considerado indigno o herdeiro necessário que tenta contra a vida do autor da herança,[96] também o fideicomissário que pratica o crime de

95 Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I – que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

96 Vale relembrar que o fideicomissário nunca terá a oportunidade de tentar tirar a vida do fideicomitente, uma vez que é requisito do fideicomisso que a morte desse último ocorra antes do nascimento daquele.

homicídio contra o fiduciário deverá perder o direito à herança.

Entretanto, isso só tem sentido se a causa de resolução do fideicomisso prevista em testamento for a morte do fiduciário. Do contrário, nenhum proveito o fideicomissário estará tirando da situação, uma vez que os bens serão transmitidos à sucessão do fiduciário, consoante entendimento esposado por Pontes de Miranda anteriormente mencionado – ressalvada a hipótese em que o testamento estabelece termo ou condição no interesse do fiduciário, o qual desaparece com a sua morte. Assim, não sendo o fideicomissário premiado com a herança pela morte do fiduciário, não haveria razão para ceifar-lhe o direito de recebimento da herança que lhe foi deixada pelo fideicomitente.

A terceira ressalva ao entendimento de Venosa desvela-se no questionamento do porquê de limitar a aplicação da indignidade apenas em relação ao fideicomissário. Isso porque se o fideicomissário pode vir a se beneficiar com a morte do fiduciário, nos termos do parágrafo anterior, não menos verdadeira é a recíproca. Pelo contrário, o fiduciário sempre se beneficiará da morte do fideicomissário – diversamente do fideicomissário, que só terá vantagem se a causa de resolução do fideicomisso for a morte do fiduciário – com exceção da ressalva já feita por Pontes de Miranda.[97] Destarte, também sobre o fiduciário deveria recair a sanção de perder o direito à herança caso seja autor ou partícipe de homicídio doloso, tentado ou consumado, contra o fideicomissário. Do contrário, estará o fiduciário sendo beneficiado pela própria torpeza ao provocar voluntariamente a caducidade do fideicomisso em seu favor.

3 PARALELO COM O USUFRUTO

Não são poucas as semelhanças existentes entre o fideicomisso e o usufruto, culminando inclusive em argumento[98] em favor da extinção do primeiro instituto quando da votação do Código Civil de 1916 no Senado, já mencionado.

Caio Mario da Silva Pereira ressalta que "a utilização de linguagem menos técnica, pelo testador, confunde, às vezes, as noções, denominando-os equivocadamente um pelo outro", o que vem causando aproximações perturbadoras no plano da aplicação prática.[99] Com facilidade se

97 Vide nota 89.

98 RODRIGUES, op. cit., p. 246.

pode ingressar em confusão entre as figuras: fideicomissário confunde-se com nu proprietário, fiduciário assemelha-se ao usufrutuário. A distinção é importante, pois "não importa muito o rótulo dado pelo testador, mas sua verdadeira intenção".[100]

Sobre o tema, Pontes de Miranda[101] fez registro pontual sobre os fideicomissos construtivos, que em linhas gerais são aqueles em que surgia a necessidade de interpretação da vontade do testador, em observância ao art. 1.666 do Código revogado.[102] Segundo esse raciocínio, o intérprete do testamento verificaria se, estando presente a figura de um pré-herdeiro ou de um pós-herdeiro, estaria o testador efetivamente buscando caracterizar aquilo que a lei prevê como o fideicomisso. Destarte, uma vez delimitado o papel de cada um dos sujeitos envolvidos nessa relação, poder-se-ia por meio de construção interpretativa da vontade do testador chegar à figura do fideicomisso quando lhe faltasse menção no testamento.

Orlando de Souza[103] anota que as semelhanças entre o fideicomisso e o usufruto são patentes: fiduciário e usufrutuário têm a posse do bem, que no futuro será transferida a outrem. Além disso, há dever de prestação de caução tanto pelo fiduciário[104] quanto pelo usufrutuário.[105]

No entanto, não obstante os efeitos práticos próximos, os institutos são em sua essência muito distintos, sendo o fideicomisso espécie de substituição testamentária e o usufruto instituição de direito real sobre coisa alheia.[106] No usufruto o testador estabelece direitos diferentes, simultâneos e imediatos a duas pessoas, uma que terá a nua-propriedade e outra que terá o direito de uso e gozo. No fideicomisso há titulares sucessivos do mesmo direito – a propriedade.[107]

---

99 PEREIRA, op. cit., p. 281.

100 VENOSA, op. cit., p. 295.

101 PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 215-216.

102 CC/16, Art.. 1.666. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.

103 SOUZA, op. cit., p. 131-132.

104 CC/02, Art. 1.953, Parágrafo único. O fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restitui-los se o exigir o fideicomissário.

105 CC/02, Art. 1.400. O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e dará caução, fidejussória ou real, se lha exigir o dono, de velar-lhes pela conservação, e entregá-los findo o usufruto.

106 CARVALHO, op. cit., p. 58.

Nesse instituto, o fideicomissário tem apenas uma expectativa de direito, não a propriedade; no usufruto, o nu proprietário efetivamente possui um direito, embora sem poder usar e gozar do bem.[108]

Enquanto há efetiva propriedade do fiduciário sobre os bens, que inclusive poderá vir a se tornar definitiva em caso de caducidade do fideicomisso, o mesmo não ocorre com o usufrutuário, uma vez que neste caso os bens gravados fatalmente passarão à posse dos proprietários em dado momento. A morte do fiduciário antes do termo ou condição implicará a transmissão dos bens à sua sucessão, enquanto a morte do usufrutuário extinguirá o usufruto. A morte do fideicomissário fará caducar o fideicomisso, conferindo a propriedade definitiva ao fiduciário; por outro lado, a morte do nu proprietário em nada altera os direitos do usufrutuário.

Ademais, como já esclarecido, no fideicomisso são contempladas pessoas ainda não concebidas, enquanto que no usufruto os destinatários já são nascidos,[110] sendo esta uma das formas mais seguras de distinguir os institutos diante do molde atual da lei. Até mesmo porque, ainda que a vontade do testador seja de uma substituição fideicomissária, por força do parágrafo único do art. 1.952 do Código Civil, caso o fideicomissário já tenha nascido haverá automática conversão para usufruto.

Orlando Gomes enriquece o rol de diferenças, elencando mais quatro:

> No fideicomisso, a prescrição dos direitos e das ações da herança corre contra o fiduciário, bem como a *usucapião* do terceiro possuidor, ao passo que, no usufruto, corre contra o *nu proprietário*.
>
> O fiduciário pode reclamar as despesas com a valorização da coisa, enquanto o usufrutuário não tem esse direito.
>
> Permitido é ao fiduciário alienar os bens fideicomitidos, constituir servidões e hipotecas, ainda que a alienação e os ônus constituídos se resolvam com a substituição, não podendo o usufrutuário praticar tais atos em razão da natureza de seu direito. O fiduciário não está obrigado a respeitar a destinação econômica do bem, como é de obrigação do usufrutuário. Finalmente, é lícito ao *nu proprietário* dispor do bem gravado, que transmite o ônus, ao passo que o *fideicomissário* não tem esse poder de dis-

107 WALD, op. cit., p. 165.

108 SOUZA, op. cit., p. 131.

109 GAMA, op. cit.

110 CARVALHO, op. cit., p. 58.

posição enquanto estiver no domínio do fiduciário.[111]

Destarte, ao menos no campo teórico são inconfundíveis os institutos, o que vem em favor da reafirmação da utilidade do fideicomisso no ordenamento pátrio.

4 FIDEICOMISSO NA DOAÇÃO

De longa data é a discussão sobre a possibilidade de utilização do fideicomisso por ato *inter vivos*. Atualmente, há forte corrente doutrinária[112] defendendo a possibilidade do fideicomisso em doação, em função do princípio da liberdade de estipulação negocial de que trata o art. 425 do Código Civil.[113] Segundo Armando Dias de Azevedo, o fideicomisso por ato *inter vivos* chegou até mesmo a ser utilizado em Portugal no período medieval. [114]

A corrente que defende essa possibilidade destaca que não há nenhuma vedação no Código Civil, de modo que o art. 4° da Lei de Introdução[115] autorizaria o uso da analogia e dos princípios gerais de direito para reconhecer a possibilidade de utilização do instituto entre vivos.[116] Corroboram essa corrente Silvio Venosa[117] e Arnoldo Wald.[118]

Pontes de Miranda[119] esposou pensamento diverso, no sentido de que embora possuam algumas características assemelhadas, fideicomisso e doação com compromisso de transferência a outrem são coisas muito distintas, posição essa que veio a ser rebatida por Armando Dias de Azevedo.[120]

---

111 GOMES, op. cit., p. 223.

112 CARVALHO, op. cit.

113 Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

114 AZEVEDO, Armando Dias de. *O Fideicomisso no Direito Pátrio*: Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 11.

115 LINDB, Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

116 MALUF, Nagib Antônio. *Fideicomisso no Direito Brasileiro*. São Paulo: Hemus, 1987, p. 19.

117 VENOSA, op. cit., p. 286.

118 WALD, op. cit., p. 166.

119 PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 198-199.

120 AZEVEDO, op. cit., p. 68-70.

Caio Mario da Silva Pereira filia-se à corrente que resiste à aceitação do fideicomisso no campo das obrigações, destacando que "o fideicomisso é matéria peculiar ao direito das sucessões e, portanto, não deve exorbitar dele. E, como a tendência restritiva é crescente, sociologicamente deve prevalecer o entendimento contrário à sua expansão."[121]

Buscando auxílio no direito comparado, deparamo-nos com situação estranha no direito argentino, que veda a substituição fideicomissária[122] mas autoriza expressamente, no art. 2.662 de seu Código Civil,[123] o fideicomisso por ato *inter vivos*[124] e, ainda, o fideicomisso singular por testamento, sendo esse último semelhante à figura do usufruto no direito brasileiro, cujo domínio é resolúvel e deve recair sobre bens determinados.[125]

No art. 962 do Código Civil de Portugal[126] também há expressa previsão autorizando o fideicomisso nas doações.[127]

Em meio a essa discussão, Orlando Gomes apresenta brilhante conclusão sobre a questão, que parece ser, sobremaneira, a visão mais acertada:

> A questão é malposta. A substituição *fideicomissária* constitui instituto típico do direito das sucessões, somente cabível quando resultante de determinação da vontade consubstanciada em *testamento*, que é o negócio jurídico *mortis* causa por excelência.
>
> Cabimento não tem, evidentemente, trasladá-lo para o campo dos contratos.
>
> Contudo, uma vez que, nesse terreno, reina o princípio da liberdade de contratar, nada impede que, no contrato de *doação*, as partes estipulem que o donatário fique obrigado a conservar os bens adquiridos para transmiti-los, por sua morte, a certo tempo, ou sob determinada condição, a pessoas nele designadas.

---

121 PEREIRA, op. cit., p. 275.

122 ZANNONI, op. cit., p. 603-604.

123 Art. 2.662. Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

124 CARREGAL, Mario Alberto. *El fideicomisso*: regulacion jurídica y possibilidades practicas. Buenos Aires: Universidad, 1982, p. 41.

125 ZANNONI, op. cit., p. 604.

126 "São admitidas substituições fideicomissárias nas doações."

127 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*: sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 233.

> Esse negócio tem a mesma *causa* da substituição fideicomissária. Conduz, realmente, a igual resultado prático. Dado que a lei não o proíbe, nem é contrário aos bons costumes, pode ser constituído sob o único limite da regra geral contrária aos vínculos sucessivos.[128]

De fato, aquilo que procura ser defendido como fideicomisso por ato *inter vivos* é, na verdade, apenas uma inspiração para atender às necessidades do doador. Ora, havendo autonomia das partes para a contratação, desde que não incorram em ilicitude, nenhum mal há em adotar o modelo do fideicomisso como um norte para tutelar a relação obrigacional a ser entabulada. De toda sorte, não se estará diante de genuíno fideicomisso pelas seguintes razões:

1. É requisito essencial do fideicomisso – sob pena de ser convertido em usufruto – que o fideicomissário ainda não tenha sido concebido. Obviamente essa exigência não se aplica ao campo das obrigações, podendo o doador estabelecer o destinatário final sem observância a tal limitação. Destarte, não estando restrito aos não concebidos, não há que se falar em fideicomisso – ao menos não nos termos da legislação brasileira.
2. Segundo ensinamento de Silvio Venosa,[129] tudo que puder ser objeto de herança poderá ser objeto de fideicomisso. Todavia, em aparente contradição o autor também alerta que as doações não podem ser feitas a título universal, uma vez que exigem a identificação do objeto do negócio, sob pena de, por exemplo, impossibilitar a realização do registro de imóvel recebido. Destarte, inviabilizada a transferência patrimonial a título universal, não se está diante de genuíno fideicomisso, cujo objeto pode ser tanto legado quanto herança.
3. Não caberá a perda do direito por indignidade, apenas por ingratidão,[130] nos termos do art. 555 do Código Civil.[131] Em que pese tenham alguma

128 GOMES, op. cit., p. 211.

129 VENOSA, op. cit., p. 288.

130 FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 201.

131 CC/02, Art. 555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.

semelhança as hipóteses de ingratidão e de indignidade, os efeitos práticos são diferentes: o herdeiro indigno em regra não chega a adquirir a propriedade do bem, uma vez que é excluído da sucessão antes da partilha; de outra banda, o donatário ingrato terá o bem em seu domínio podendo vir a perdê-lo a qualquer tempo – desde que respeitado o prazo do art. 559 do Código.[132]

4. O parágrafo único do art. 547 do caderno civil[133] apresenta-se como um grande óbice à defesa da teoria que se vale da cláusula de reversão como argumento para sustentar o fideicomisso nos atos *inter vivos*.[134] Destarte, em observância ao referido dispositivo, restaria ser descartada a possibilidade de fideicomisso a ser resolvido pela morte do fiduciário, uma vez que em interpretação literal do referido dispositivo o patrimônio obrigatoriamente deveria retornar ao doador e não a um terceiro (fideicomissário).

Portanto, o que há nos atos *inter vivos* é um arremedo do fideicomisso, instituto este típico do direito das sucessões. Embora com efeitos práticos muito semelhantes, os requisitos e limites são diversos. Isso quer dizer que embora não se vede a feitura de contrato de doação que utilize a roupagem do fideicomisso, não se está efetivamente tratando do mesmo instituto, a despeito da eventual jurisprudência produzida em sentido contrário.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Codigo Civil*. Disponível em: <http://www.codigocivilonline.com.ar/>. Acesso em: 16 nov. 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*: sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

132 Art. 559. A revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor.

133 Art. 547. O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. Parágrafo único. Não prevalece cláusula de reversão em favor de terceiro.

134 AZEVEDO, op. cit., p. 59.

AZEVEDO, Armando Dias de. *Do fideicomisso*. Porto Alegre: Boa Imprensa, 1938.

AZEVEDO, Armando Dias de. *O Fideicomisso no Direito Pátrio*: Doutrina, Legislação, Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1973.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. La famiglia. Le successioni, v. 2. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

BORGHI, Hélio. O novo Código Civil e as inovações no direito das sucessões: a nova forma de substituição fideicomissária. In: *Revista de Direito Privado*, v. 8, n. 31, p. 91-118.

BRASIL. *Código Civil*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões: das substituições no Código Civil de 2002. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 66, p. 42-59, jan. 2006.

CARREGAL, Mario Alberto. *El fideicomisso*: regulacion jurídica y possibilidades practicas. Buenos Aires: Universidad, 1982.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Substituições e fideicomisso. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAIUS. *Institutas do jurisconsulto Gaio*. Tradução: CRETELLA Jr., J.; CRETELLA, Agnes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ITÁLIA. *Il Codice Civile Italiano*. Disponível em: <http://www.ilcodicecivile.it/>. Acesso em: 15 jul. 2014.

LEITE, George Salomão. *Interpretação Constitucional e Tópica Jurí-*

dica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MALUF, Nagib Antônio. *Fideicomisso no Direito Brasileiro*. São Paulo: Hemus, 1987.

MEIRA, José Corrêa de. *Do fideicomisso*: apontamentos de um juiz sobre as substituições fideicommisarias em geral. Analyse das principaes questões. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1929.

MOREIRA ALVES, José Carlos**.** *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: direito das sucessões. v. 4. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. T. LVIII. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PORTUGAL. *Código Civil*. Ministério da Justiça, 25 nov. 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=775&nversao=&tabela=leis>. Acesso em: 16 nov. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

SOUZA, Orlando de. *Prática dos testamentos*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1969.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das sucessões. v. 5. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de las sucesiones*. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE POR TESTAMENTO

Ana Lúcia Alves Feliciani[1]

INTRODUÇÃO

O ato de testar, em sua historicidade, remonta à antiga Roma,[2] onde era atribuída a especial importância à sucessão testamentária em detrimento da sucessão *ab intestato,*[3] e o elemento essencial era "a instituição de herdeiro (*institutio heredis*): o testador deveria designar expressamente uma ou mais pessoas chamadas a receber o seu patrimônio, ou seja, o conjunto de seus bens"[4]. A sucessão testamentária quase desaparece na Idade Média[5] e

1 Doutoranda em Direito (UFRGS). Mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Direito Civil Aplicado (UFRGS). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS/Uruguaiana). Advogada. Assessora Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Membro Pleno da ASADIP.

2 Acerca da sucessão testamentária, Fustel de Coulanges anota que, primitivamente o testamento não era conhecido, tendo em conta que a transmissão da propriedade por morte era intimamente relacionada às crenças religiosas. O homem adquiria a propriedade pelo culto doméstico e não pelo trabalho, e isso independia da vontade do morto, porque aquela não lhe pertencia, mas à sua família. Era desconhecido no antigo direito hindu; proibido no direito ateniense até Sólon de maneira absoluta, salvo para que aqueles que não deixassem filhos; em Esparta, é autorizado após a guerra do Poloponeso. In: *Cidade Antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 69-85.

3 GILISSEN, John. *Introdução Histórica do Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2. ed. 1995, p. 690.

4 GILISSEN, John. Idem.

5 GILISSEN, John. Idem.

renasce com o Direito Canônico, que incentiva a realização do testamento em razão de vantagens advindas às instituições eclesiásticas, que chegaram a afirmar que "o que morre intestado, sem ter feito pelo menos um *legado pio,* fica em pecado."[6]

Persistiu a sucessão testamentária nos séculos XIX e XX. Da Revolução Francesa o *Code civil,* embora a influência do Direito Romano, adotou o primado da liberdade absoluta de expressão da vontade do testador.[7] O Código Civil francês influenciou vários países da Europa e também outros fora do continente europeu, dentre os quais o Brasil.

A evolução legislativa brasileira relativa à sucessão testamentária, igualmente marcada pela tradição romanista, passa pelas Ordenações do Reino – Ordenações Afonsinas (1.446), Ordenações Manuelinas (1.521) e Ordenações Filipinas (1.603), bem como pela *Consolidação das Leis Civis,* de Augusto Teixeira de Freitas, de 1.859.[8] Na codificação de 1916,[9] a disciplina da sucessão testamentária veio expressa em conformidade com valores sociais e culturais de sua época.

Mas é essencialmente com o advento da Constituição Federal de 1988 que o ato de testar ganha uma nova dimensão, correlacionando-se com os direitos fundamentais, dentre os quais o direito fundamental de herança, expresso primeira vez como *garantia institucional,*[10] pois é a pessoa humana que passa a ser o centro do ordenamento jurídico brasileiro, e é a sua dignidade que se quer proteger. Ao legislador ordinário[11], cabe, nesse mister, dar concretude ao mandamento constitucional, indicando os modos e as condições do ato de testar, ao tempo em que limita a autonomia da vontade do testador e possibilita disposições de cunho não apenas patrimoniais, mas existenciais, retoman-

---

6 GILISSEN, John. Idem.

7 GILISSEN, John. Idem, p. 694.

8 Seguiram-se a Consolidação das Leis Civil, de Augusto Teixeira de Freitas, os anteprojetos, de Nabuco de Araújo (1.872), Felício dos Santos (1.881), Coelho Rodrigues (1.893) e Clóvis Beviláqua (1.889).

9 Nesse sentido, e para estudo detalhado da evolução histórica do Direito Sucessório, remetemos o leitor para a obra de Euclides de Oliveira. Direito de Herança: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15-34.

10 Martins-Costa, Judith. Comentário ao art. 5., inciso XXX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 337-342.

11 Ibidem. Na atualidade, o Código Civil de 2002.

do-se a disciplina dos correspondentes direitos de personalidade.

Em uma leitura sistemática, o ato de testar alcança diversas áreas do Direito. Exemplificativamente, no âmbito do Direito de Família, a proteção desta vem evidenciada pela transmissão do patrimônio como um dos aspectos da solidariedade familiar,[12] providência em que a deixa testamentária pode favorecer não apenas a família nuclear[13] ou a extensa,[14] mas outras pessoas indicadas pelo testador. Além disso, o reconhecimento de paternidade por testamento poderá modificar o estado de família do perfilhante e do perfilhado.[14] Patrimônio e existência humana destacam-se na promoção desse princípio.

No Direito Tributário, considerando-se como destinatários do direito de herança os cidadãos e o Estado,[15] tem-se a incidência do Imposto de

---

12 Ibidem.

13 Família nuclear é aquela composta pelos pais ou um deles e por seus descendentes. Ilustrando hipótese em que a viúva é agraciada pelo testamento, já decidiu o TJRS: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM. EXISTÊNCIA DE INTERESSE POR PARTE DA VIÚVA, AGRACIADA EM TESTAMENTO ELABORADO PELO EXTINTO. ART. 1.793 DO CCB. No caso, tendo sido a viúva contemplada em testamento deixado pelo falecido investigado, possui interesse no deslinde da ação de investigação de paternidade *post mortem*, em que se noticia a existência de pretensão de direitos patrimoniais, ante o teor do art. 1.793 do CCB (rompimento do testamento). AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70053379772, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 11/04/2013).

14 A Lei n. 12.010/2009, a nova Lei da Adoção, positivou o conceito de família extensa ou ampliada, como "aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade", ao tempo em que conceituou implicitamente a família nuclear, como a composta pela "unidade pais e filhos ou da unidade do casal".

14 Mas não se pode olvidar que, em contrapartida, a investigação de paternidade poderá ter como efeito o rompimento daquele, como recentemente decidiu o TJRS, cujo acórdão restou assim ementado: TESTAMENTO PÚBLICO. ROMPIMENTO. PROVA. 1. Sendo o testamento um negócio jurídico solene, deve observar todas as formalidades previstas na lei. 2. Verifica-se o rompimento do testamento, quando o testador declara não possuir descendentes e, após o seu óbito, é reconhecida a sua paternidade em sede de ação investigatória. Inteligência do art. 1.973 do Código Civil. 3. É roto também o testamento quando contém declaração falsa. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70045211042, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 24/10/2012).

15 Martins-Costa, Judith. Comentário ao art. 5., inciso XXX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) Co-

Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD).[16] O exame da destinação do *quantum* arrecadado e da identificação do agente passivo da obrigação tributária podem depender do testamento.[17]

No Direito Penal, a ausência da observância das rígidas formalidades que envolvem o ato de testar, bem como da capacidade testamentária ativa pode resultar em responsabilização criminal, como já enfrentou o Tribunal de Justiça gaúcho.[18] Também não se permite ao testador fraudar a lei ou a legítima, por meio de disposições ideologicamente falsas.

No Direito Econômico e Empresarial, ao permitir a transmissão

---

mentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 337-342. Acerca do tema, anota a autora que, quanto aos destinatários do direito constitucional de herança, "trata-se de *direito de defesa,* pois ao assegurar a garantia do direito de herança e, inclusive revesti-la com a fixidez de cláusula pétrea (art. 60, IV), a Constituição cria uma intangibilidade à herança demarcada pela vedação do Estado de abolir o instituto ou restringir excessivamente o direito sucessório, realizando, por exemplo, o confisco dos bens deixados por sucessão em virtude de morte. Positivamente, têm os cidadãos o direito de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas à garantia por parte dos mesmos".

16 AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÕES - ITCD -. TESTAMENTO. ALÍQUOTA. Em se tratando de sucessão testamentária, aplica-se ao ITCD a alíquota de 3% prevista no art. 19 da Lei Estadual n. 8.821/8919. Apelação provida. (Agravo de Instrumento Nº 70056755853, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em: 18/12/2013).

17 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DILIGÊNCIA. Ante a dúvida a respeito do objeto do legado que beneficiou dois filhos e um neto do falecido, necessário se faz a presença do testamento nos autos do agravo, a fim de que se esclareça de quem é a responsabilidade pelo pagamento do tributo exigido pelo fisco, uma vez que dois filhos legatários formavam sociedade com o pai em uma empresa comercial. (Agravo de Instrumento Nº 70005659511, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em: 26/06/2003).

18 APELAÇÃO. FALSO IDEOLÓGICO. TESTAMENTO. AUSÊNCIA DE DOLO OU DE SUA COMPROVAÇÃO. Auxiliar de tabelião que, na lavratura de testamento, sem alteração substancial do ato, deixa de cumprir determinadas formalidades legais, sem maior relevância observada a finalidade do mesmo, não incorre nas penas do falso ideológico. Ausência de prova de dolo. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70003984226, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Julgado em: 18/02/2004).

19 AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUSPENSÃO ATÉ ULTIMAÇÃO DO TESTAMENTO. CABIMENTO DE NOMEAÇÃO DE GERENTES PARA

da herança em conformidade com a vontade do testador, modifica-se a titularidade dos bens transmitidos, modificando, por conseguinte, a situação do agente econômico,[19] ou seja, quem pratica atos jurídicos guardando em si o Poder Econômico, o qual pode ser Público ou Privado, bem assim, quem sofre seus efeitos, o consumidor.

No biodireito, uma nova modalidade de testamento, o vital[20], foi recentemente objeto de exame pelo Tribunal de Justiça gaúcho.[21] É o testador determinando, em vida, as condições de sua morte, no mais pleno exercício da autonomia da vontade individual, na promoção de uma morte digna.

Dada a atualidade e importância do tema, o presente estudo busca uma revisitação ao direito sucessório, especialmente à sucessão testamentária, analisando precipuamente o conteúdo existencial das disposições testamentárias, dentre as quais a perfilhação, ato que envolve direitos de personali-

---

ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESA, NO INTERESSE DE TODOS OS HERDEIROS. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70000124115, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 15/09/1999).

20 O testamento vital não será objeto de exame do presente estudo, embora a importância desse novo meio de proteção à dignidade da pessoa humana, que pode viabilizar uma morte digna.

21 APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 20/11/2013).

dade do testador e do perfilhado. Para tanto, o estudo será divido em três partes. A primeira, estará voltada para o exame da sucessão testamentária, apontando seus requisitos essenciais e sua validade, tal como dispostos no Código Civil em vigor, buscando analisar os conteúdos patrimonial e existencial da vontade do testador. No segundo ponto, analisar-se-á o reconhecimento de paternidade pela via testamentária, como disposição de cunho existencial. Na última parte, o estudo buscará examinar os direitos de personalidade e o direito à filiação.

1 CONTEÚDOS PATRIMONIAL E EXISTENCIAL DO TESTAMENTO

A morte determina a abertura da sucessão,[22] e a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos ou testamentários.[23] A sucessão dá-se por lei, ou por disposição de última vontade,[24] sendo que, na ausência desta, a partilha dos bens segue o critério legal, convocando-se a suceder os familiares mais próximos, em conformidade com a ordem de vocação hereditária.[25]

Mas é a sucessão testamentária que guarda não apenas sentido econômico ante a possibilidade de transmissão patrimonial em conformidade com a vontade do morto, mas também aspectos sociais e morais, ante a viabilização tanto da "distribuição das riquezas fora do círculo restrito dos parentes, às vezes não bastante necessitados quanto um estranho contemplado pelo autor da herança."[26] E, para além disso, possibilita a satisfação do querer em sua face puramente existencial.

O Código Civil de 2002 proporciona essas possibilidades ao testador, regulando a sucessão testamentária nos artigos 1.857 a 1.990, somando 133 dispositivos, revelando ademais, a importância do testamento no direito brasileiro.[27] É o prestígio da vonta-

22 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22.

23 Art. 1.784, Código Civil de 2002.

24 Art. 1.786, Código Civil de 2002.

25 NADER, Paulo. *Direito da Sucessões*. V. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 194.

26 RIZZARDO, Arnaldo. Ob. cit., p. 227.

27 Eduardo de Oliveira Leite refere, no entanto, que "a regra, no Brasil, desde a Colônia até à República, era a utilização do testamento e a exceção era a morte *ab intestato.*

de do testador, consoante sua autonomia pessoal, capaz de "modificar ou inverter uma ordem de atribuição de bens estabelecidos pela própria lei,[28] substituindo-se, total ou parcialmente, a sucessão legítima, pela voluntária".[29]

E é por essa razão que o testamento tem rigorosa disciplina legal. Ao tempo em que permite que seu conteúdo se distancie da sucessão legítima e albergue disposições existenciais, obedece criteriosamente os parâmetros formais impostos pela lei. Ato jurídico[30] que é, veicula a declaração de vontade do testador na modalidade de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, formal e solene, gratuito, revogável e *mortis causa.*

É negócio jurídico unilateral, porque o testamento se forma mediante declaração de vontade do testador, tendo efeitos previsíveis pelo ordenamento jurídico, o que confirma o caráter unilateral do ato; é ato personalíssimo, não podendo ser praticado por duas ou mais pessoas e nem por terceiros ou por procuração, mas apenas o disponente pode dizer de sua vontade para depois de sua morte; é gratuito porque é defesa à imposição de contraprestação ao ato de testar, ainda que haja instituição de legado com encargo; a formalidade e solenidade são garantias legais a fim de permitir o cumprimento da real vontade do testador, afastando possíveis adulterações e buscando mitigar a possibilidade de falsidades; é ato revogável, porque o declarante pode rever ou desistir das disposições a qualquer momento antes de sua morte, salvo eventual reconhecimento de paternidade, que persistirá ao ato de revogação; e

---

Mas, mesmo após o advento do Código Civil (de 1916) grande parte da população brasileira continuou se servindo da forma testamentária para manifestação de suas últimas vontades. E, no interior do Brasil (onde vive grande parte da população brasileira), o recurso à forma testamentária ainda é muito utilizado'. Ob. cit., p. 178.

28 WALD, Arnoldo. *Direito Civil: direito das sucessões*. V. 6. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186.

29 MAXIMILIANO, Carlos, p. 360.

30 Léon Duguit ensina que é ato jurídico todo o ato de vontade interveniente com intenção de produzir uma modificação no ordenamento jurídico tal como existe ou se produziu ou tal que existirá em um momento futuro dado. Os atos jurídicos podem ser lícitos e ilícitos. Estes últimos, em geral, não são praticados com a intenção de produzir efeitos jurídicos; naqueles, há um querer de modificações no mundo jurídico. In: *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition. Paris: Anicenne Librairie Fontemoing & C., Éditeurs. 1927, p. 317-354.

é *causa mortis*, porque terá eficácia apenas com a morte do testador.[31]

O Código Civil de 2002 estabelece as formas ordinárias ou comuns e as especiais de testar. As primeiras estão previstas no art. 1.862, incisos I e III, e dizem com a forma pública, a cerrada e a particular. As segundas, encontram-se dispostas nos incisos I a III do art. 1.886 e dispõem sobre o testamento marítimo, o aeronáutico e o militar, proibida a forma híbrida.[32] A previsão acerca das disposições existenciais encontra regramento no

---

31 Acerca da eficácia do testamento, já decidiu o TJRS: ANULAÇÃO DE TESTAMENTO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO E DE FORMA. 1. O testamento feito com a observância dos requisitos legais é um ato jurídico válido, perfeito e acabado, que ganha eficácia com o óbito, desencadeando os efeitos dele decorrentes. 2. O fato de ter sido ajuizada anterior ação de investigação de paternidade, que foi julgada improcedente, não constitui óbice ao reconhecimento do liame parental entre investigante e investigado através de testamento feito por este. 3. Inexiste afronta à coisa julgada, pois a improcedência da ação investigatória de paternidade não afirma que o réu não era o pai da autora, significando apenas que ela não conseguiu comprovar o liame parental, impedindo apenas a propositura de nova ação. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70026445676, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 18/02/2009).

32 O testamento público guarda como requisito essencial à sua validade a necessidade que seja escrito por tabelião, em conformidade com as declarações prestadas pelo testador, que poderá valer-se de minuta para tanto, bem como que, após lavrado o instrumento, seja ele lido em voz alta pelo serventuário extrajudicial ao disponente e a duas testemunhas, a um só tempo. Por fim, para conclusão do negócio, vai o instrumento assinado por todos que se fizeram presentes ao ato. É de notar que essa forma testamentária é a única permitida ao cego (art. 1.867), mas é facultada ao surdo, saiba ou não ler (art. 1.866).

A forma cerrada vem prevista nos artigos 1.868 e seguintes do Código Civil, e deverá o testamento ser escrito pelo disponente, ou por outra pessoa, ou pelo tabelião, a seu pedido, sendo que, após assinado pelo testador, será aprovado pelo tabelião, que lavrará e lerá o correspondente auto de aprovação, tudo na presença de duas testemunhas. Ao analfabeto e a quem não possa ler não é permitido testar na forma cerrada (art. 1.872), mas o é ao surdo-mudo, desde que o escreva todo e o assine de sua própria mão (art. 1.873). O testamento hológrafo, particular ou aberto pode ser escrito de próprio punho ou mecanicamente. É o que dispõe o art. 1.876 do Código Civil. No primeiro caso, deve ser lido e assinado por quem o escreveu; no segundo, deve estar a cédula testamentária a salvo de rasuras ou espaços em branco. Em ambos os casos, deve ser lido na presença de no mínimo três testemunhas, que também o subscreverão, sob pena de resultarem inválidas as disposições testamentárias. Dentre os especiais, os testamentos marítimo e aeronáutico podem ser deixados por forma que corresponda ao público ou ao cerrado, e podem ser utilizados por aqueles que estiverem em viagem, a bordo de navio nacional,

art. 1.857, parágrafo segundo, Código Civil de 2002.

Cada uma dessas formas testamentárias encontra regramento legal específico, requerendo "*forma escrita* para sua validade, sendo que a sua *escrituração* pode ser feita em qualquer meio e sobre qualquer material, desde que indelével a grafia",[33] podendo "ser escrito de próprio punho do testador ou por meios mecânicos",[34] salvo situação especialíssima, no chamado *testamento nuncupativo*, permitem-se disposições de viva voz para aqueles que estiverem em combate ou feridos em campo de batalha.

Orlando Gomes esclarece que "na disciplina legal das *formas testamentárias* referem-se apenas os *elementos extrínsecos,* atinentes ao modo como o testador deve declarar a sua vontade e ao número, rogação e idoneidade das testemunhas instrumentárias. A chamada *forma interna,* relativa às condições para testar, é objeto de outras disposições".[35]

A capacidade para testar ou capacidade testamentária ativa, vem, pois, regulamentada no art. 1.860 do Código Civil e estabelece que não podem testar os incapazes e os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Podem testar os maiores de 16 anos, não havendo necessidade de assistência,[36] especialmente por que se trata de ato personalíssimo.

---

de guerra ou mercante. O disponente deverá testar perante o comandante, também na presença de duas testemunhas, mas caducará o testamento se o testador não morrer na viagem e, ao seu desembarque em terra, não fizer outro testamento na forma ordinária nos 90 dias subsequentes. Por fim, o testamento militar é possível não apenas aos militares, mas também às pessoas que estejam a serviço das Forças Armadas, quando em campanha, dentro do País ou no exterior, bem como em situação de praça sitiada, ou sem condições de comunicação. Nessa situação, em não havendo tabelião ou seu substituto legal, o testamento deverá ser feito ante duas ou três testemunhas, se o testador não puder ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas. Estando tais pessoas em combate, é possível que testem oralmente, confiando sua última vontade a duas testemunhas. Os parágrafos 1º a 3º estabelecem situações ainda mais especiais, em que, escrito o testamento, que poderá ser feito de próprio punho pelo testador, desde que assinado por este, deverá ser entregue ao auditor ou oficial de patente que lhe faça as vezes, igualmente na presença de duas testemunhas.

33 GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 100.

34 *Ibidem.*

35 GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 107.

36 Nesse sentido, TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012; São Paulo: Método, 2012, p. 1.311.

Podem também testar o pródigo, o ausente, o silvícola, o falido e o condenado, porque, "quem pode manifestar a sua vontade verbalmente ou por escrito é livre para testar".[37] Os cegos, os surdos e os mudos podem testar, por que essas condições não lhes retiram a capacidade a tanto, mas apenas limitam as formas testamentárias possíveis de utilização.

A regra é a de que podem testar as pessoas que tiverem pleno discernimento e não a plena capacidade civil,[38] condição a ser verificada no momento da prática do ato, e não se mede pela situação existente ao tempo da abertura do testamento.[39]

De outro lado, a capacidade de adquirir por testamento ou capacidade testamentária passiva refere-se à faculdade de receber bens deixados por disposição de última vontade na condição de herdeiro ou legatário.

No direito brasileiro toda a pessoa, desde que viva na abertura da sucessão, pode adquirir bens nessa situação. Exceção a essa regra é a prole eventual (ainda não concebidos) de pessoas certas e determinadas existentes à época de sua morte.[40] Também podem adquirir por testamento o nascituro e as pessoas jurídicas de direito público interno e de direito privado. Estas, ainda que irregulares, porque indiscutível sua existência, e, ainda que inexistentes na abertura da sucessão, como é o caso das fundações de direito privado, cuja instituição se dá justamente por testamento, consoante disciplina do art. 62 do Código Civil de 2002.[41]

Mas não podem adquirir por testamento as pessoas incertas e indeterminadas, e tampouco as pessoas jurídicas de direito externo, como determina o art. 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Também não pode ser herdeiro ou legatário a pessoa que escreveu a rogo o testamento, bem como as testemunhas e o intérprete do ato, e ainda aqueles que, em virtude de profissão ou dever de ofício, participem de sua realização ou que tenham recebido as últimas palavras do testador nuncupativo.[42] Igualmente, a concubina do testador não pode adquirir por testa-

37 WALD, Arnoldo. Ob.cit., p. 160.

38 LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil Aplicado. V. 6: Direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 187.

39 LEITE, Eduardo de Oliveira. Ob. cit., p. 188.

40 É o que dispõe o art. 1.790, I, do Código Civil de 2002.

41 Nesse sentido, WALD, Arnoldo. Ob. cit., p. 164-176. Nesse particular, o autor distingue incapacidade testamentária (geral ou relativa) e ainda legitimidade para suceder.

42 Nesse sentido, WALD, Arnoldo. Ob. cit., p. 164-176.

mento na forma do art. 1.801, III, do Código Civil em vigor.

Carlos Maximiliano[43] ensina que "a vontade individual se prolonga além da morte e até depois de cessar a capacidade jurídica, embora na generalidade dos casos, o direito subjetivo exista ao serviço e no interesse dos vivos".[44] Esse direito subjetivo do testador ampara-se especialmente no princípio da autonomia privada, sendo o testamento "via adequada para outras manifestações da liberdade pessoal",[45] como o são as disposições de conteúdo existencial.

Nesse sentido, o Código Civil brasileiro apresenta hipóteses de possíveis disposições testamentárias de conteúdo não patrimonial, como a disposição gratuita do próprio corpo, para depois da morte (art. 14); o reconhecimento de filiação (art. 1.609, III); a nomeação de tutor para os filhos (arts. 1.634, IV, e 1.729, parágrafo único); a revogação de testamento anterior (art. 1.969); a reabilitação do indigno (art. 1.818); a deserdação (art. 1.964); a nomeação de testamenteiro (art. 1.976); sufrágios por alma do falecido (art. 1.998).

Eduardo A. Zannoni,[46] acerca das disposições extrapatrimoniais, anota que as disposições que podem "contener el testamento no reviesten necessariamente el caráter patrimonial", e completa: "mediante testamento el causante puede limitar-se a reconecer hijos extramatrimoniales, conforme a lo que dispone el art. 248, inc. 3º. del Cod. Civil", elencando exemplificativamente outras possíveis disposições não patrimoniais: "dar destino a correspondência, condecoraciones, títulos etc., o acerca del cadáver, inhumación, sepultura etcétera [...]".[47]

Tais disposições revelam a íntima vontade do testador, seus sentimentos e sua moralidade, que o fazem formalmente perfilhar. Esse é o aspecto a ser examinado nas próximas linhas.

---

43 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 351.

44 *Ibidem.*

45 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 2. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2012; São Paulo: Método, 2012, p. 1.307.

46 ZANONI, Eduardo A. *Manual de derecho de las sucessiones*. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1999, p. 544.

47 ZANONI, Eduardo A., Idem.

2 RECONHECIMENTO DE FILHOS POR TESTAMENTO

Dentre os modos de reconhecimento voluntário dos filhos[48] ou *perfilhação* previstos no artigo 1.609 do Código Civil de 2002[49] consta o testamentário, ainda que incidentalmente manifestado.[50] O testamento pode, pois, ser utilizado para reconhecimento de filho, que poderá preceder ao nascimento do perfilhado, ou seja, do nascituro, ou ser posterior ao seu falecimento (*post mortem*), se ele deixar descendentes.[51]

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[52] anotam que o reconhecimento de filhos por testamento "é hipótese de reconhecimento incidentalmente manifestado à ocorrência prevista no CC 1803", que dispõe que "é lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador", pelo que "o filho do testador, nascido de relacionamento concubinário é, como os outros, igualmente filho e herdeiro, podendo ser agraciado por disposições testamentárias e reconhecido por testamento".[53]

Não há necessidade de que o testamento seja realizado para essa finalidade específica,[54] mas deverá assegurar a efetiva manifestação da vontade do testador, pelo que as diversas modalidades de testamento previstas no ordenamento jurídico brasileiro guardam em comum a forma escrita – salvo o militar, único que admite feitura

---

48 No ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento de filhos pode ser dar por duas formas básicas, quais sejam, reconhecimento voluntário ou perfilhação (art. 1.609, do Código Civil brasileiro); ou judicial, quando não houver o reconhecimento voluntário, devendo ocorrer por meio de ação de investigação de paternidade, de modo coativo. Nesse sentido, TARTUCE, Flávio. Ob.cit. p. 1.179.

49 O reconhecimento de filhos era tratado pela Lei n. 8.560/92.

50 O art. 1.609 do Código Civil de 2002, arrola as seguintes formas de reconhecimento voluntário de filhos: I – No registro de nascimento; II – Por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III – Por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV – Por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

51 É o que dispõe o parágrafo único do art. 1.609 do Código Civil de 2002.

52 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado, 8. ed., rev., ampl. e atual. até 12.07.2011. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.193.

53 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Ob. cit., p. 1.309.

54 Nesse sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. V. 6, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 347.

oral, quando as pessoas referidas no art. 1.893 estiverem feridas ou em combate (art. 1.896, Código Civil) –, e a necessidade de assinatura do testador, ou a seu rogo, como permitem os testamentos público e cerrado (arts. 1.865 e 1.868).[55]

A inobservância de quaisquer dos requisitos legais pode ensejar a nulidade ou a anulabilidade do testamento, aplicando-se a teoria das nulidades prevista na parte geral do Código Civil.[56] Manter-se-á, no entanto, a perfilhação, como escritura pública, se revogado for o testamento público,[57] resultando também confirmado o caráter da irrevogabilidade, consoante previsão do art. 1.610 do Código Civil.

Isso porque "a irrevogabilidade é corolário do reconhecimento do filho havido fora do casamento". Embora a irrevogabilidade, em se tratando "de

55 A forma pública (art. 1.862, I, Código Civil de 2002) tem como requisito essencial a assinatura do testador, do tabelião e das duas testemunhas, sendo que, se o primeiro não puder ou não souber assinar, uma das testemunhas instrumentárias poderá assinar a seu rogo (art. 1.865), o que será declarado pelo tabelião. Não há exigência, nessa forma de testamento, de a obrigatoriedade das declarações do testador serem prestadas de viva voz, afastando-se o princípio da oralidade adotado pelo Código de 1916, permitindo expressamente a possibilidade de utilização de minutas ou apontamentos pelo disponente. As testemunhas não precisam estar presentes na lavratura do ato, fazendo-se requisito essencial apenas que elas assistam à leitura de todo o testamento, que deverá ser feita a um só tempo. Apostas as assinaturas logo após a leitura, estará perfectibilizado o ato. O testamento cerrado ou secreto exige a assinatura do testador na própria cédula, enquanto o auto de aprovação deve ser também assinado por este, pelo tabelião e por duas testemunhas (arts. 1.868 e incisos), podendo ser escrito também mecanicamente. Os testamentos marítimo e aeronáutico devem seguir também a forma pública ou a cerrada (art. 1.888), de sorte que podem ser feitos mecanicamente, enquanto o militar também pode ser cerrado (art. 1.894). Exige-se, pois, a assinatura do testador, do tabelião, ou do comandante, ou do auditor, ou de quem lhe faça as vezes, conforme o caso, e das testemunhas, permitindo-se que uma das testemunhas assine a rogo do testador. Ao seu turno, o testamento particular deve ser escrito e assinado de próprio punho pelo testador e por três testemunhas, bem como poderá ser elaborado por processo mecânico, caso que devem ser observadas as mesmas exigências quanto à assinatura do disponente e das testemunhas, que igualmente deverão assiná-lo. A possibilidade de utilização meio mecânico na feitura das disposições de última vontade é traço comum de todas as formas testamentárias, e bem assim, a aposição de assinatura manuscrita ou a rogo, cedendo apenas em hipótese especialíssima que permite ao testador dizer sua última vontade quando em combate ou ferido, no caso do testamento militar.

56 TARTUCE, Flávio. Ob. cit., p. 1.310.

57 WALD, Arnoldo. Ob. cit., p. 152.

um testamento cerrado inquinado de vício, só valerá o reconhecimento como início de prova por escrito, ou seja, como fundamento para intentar uma investigação de paternidade".[58]

O testamento, como já referido, é negócio jurídico unilateral "em que o beneficiário não intervém'.[59] A par disso, o reconhecimento de filho é, a exemplo do testamento, unilateral, em que a necessidade de aceitação do filho maior "é mero ato de proteção, protegendo a iniciativa daquele que reconhece o filho".[60] Em sendo menor o perfilhado, poderá ele impugnar o reconhecimento, a contar da maioridade, no prazo decadencial de quatro anos, na forma do art. 1.614 do Código Civil de 2002.

A perfilhação pela via testamentária independe do vínculo biológico entre o testador e o beneficiário dessa disposição, porque poderá ocorrer igualmente e pela mesma via o reconhecimento de paternidade socioafetiva. Mesma sorte, o ato de reconhecimento poderá ocorrer antes do nascimento ou após a morte do perfilhado.

O nascituro é a pessoa por nascer, a qual embora ainda não tenha personalidade, tem seus direitos resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a concepção, tendo o Código Civil assegurado o direito a suceder por sucessão testamentária "os já concebidos no momento da sucessão".[61]

No que refere ao reconhecimento de paternidade testamentária *post mortem* do perfilhado, ter-se-á uma perfilhação perfectibilizada após a morte do perfilhante e com efeitos também após a morte do perfilhado, assegurando-se todos os direitos existenciais e patrimoniais decorrentes dessa relação jurídica, em especial, nessa singular hipótese, dos direitos sucessórios daí decorrentes.

Em outra situação, parece não haver nenhuma vedação ao reconhecimento de filhos ainda não concebidos à época da abertura da sucessão, no caso do filho consanguíneo, havido por técnica de reprodução assistida homóloga, quando já falecido o marido. Nessa hipótese, o fundamento da filiação é biológico, por presunção legal (art. 1.597, III, *in fine,* Código Civil de 2002). Acerca do tema, pontuam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[62]:

---

58 WALD, Arnoldo. Ob. cit., p. 152.

59 WALD, Arnoldo. Ob.cit., p. 154.

60 TARTUCE, Flávio. Ob. cit., p. 1.180.

61 Art. 1.784 do Código Civil.

62 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Ob. cit., p. 1.179.

> [...] a utilização de material genético do marido após a sua morte depende apenas de autorização que ele tenha deixado em vida, que não se submete a qualquer solenidade. Esse consentimento informal é, por si só, suficiente para que se dê ocasião para a efetiva fecundação. Com ou sem autorização, contudo, essa filiação pode advir e, se isto ocorrer, essa filiação se estabelece, irradiando efeitos para o direito de sucessões. Vale lembrar que o filho póstumo é herdeiro (art. 227, §6), mas a lei não contribui para resolver essa situação (CC 1798).

Assim, sem autorização do marido falecido à época da concepção, a certeza da paternidade, caso contestada, somente ocorrerá pela realização de exame de DNA, na forma do art.1.606 do Código Civil de 2002, ou poderá ser afirmada pelo reconhecimento testamentário a satisfazer a exigência legal da referida autorização.

É certo, ademais, que o reconhecimento de paternidade pela via em análise passa pelo exame dos correspondentes direitos de personalidade do perfilhante e do perfilhado, o que será objeto de análise do tópico a seguir.

3 DIREITOS DE PERSONALIDADE

A rigor, os direitos da personalidade são uma conquista da idade moderna,[63] e foram paulatinamente reconhecidos, em conformidade com as exigências do indivíduo enquanto pessoa, em processo global ainda em evolução. Acerca dessa evolução, Milton Fernandes[64] aponta os estudos de Heinrich Hubmann:

> [...] no estado tribal primitivo, uma sociedade nômade e pastoril cuidou de assegurar o amparo da pessoa física contra a violência e o roubo. O advento da agricultura criou uma coletividade sedentária. O campo cultivado fez a casa fixa suceder à tenda. Desponta, assim, a proteção dos bens imóveis. O desenvolvimento do intercâmbio entre povoados acarretou a necessidade de uma identificação individual: o estado civil dota a pessoa de um estatuto social, fixando o nome de família, enquanto se acentua o fenômeno da urbanização.
> A comunicação não se limita à vida oral. Pela escrita, vai-se desenvolvendo, paralelamente à alfabetização, a que corresponde à criação do servi-

63 FERNANDES, Milton. Os direitos da personalidade. *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mario da Silva Pereira*. Forense: Rio de Janeiro, 1984, p. 131-159.

64 FERNANDES, Milton. Ob. cit.

ço postal. A tutela da correspondência estende-se do suporte material ao conteúdo intelectual.

As últimas etapas são as que asseguram o desenvolvimento dos direitos de personalidade, a partir do século XIX.

Superando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que tinha como destinatários o homem abstrato, a universalidade das disposições da Declaração de 1948 revela-se um verdadeiro 'sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos',[65] e também o ponto de partida para a efetividade dos direitos que positiva.[66]

E é nesse sentido que a irrupção da pessoa no mundo do direito veio efetivamente a ocorrer após a Segunda Guerra Mundial, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948,[67] que, de cunho universal, consiste na passagem da teoria à prática, positivando direitos do homem situado, concreto, ímpar em suas necessidades e inserto em um meio social em constante e diferenciada evolução.

O necessário caminho para a efetiva concretização dos direitos do homem passa pela especialização desses direitos, verificados em conformidade com as necessidades específicas de grupos identificados como merecedores de proteção especial, como é o caso dos formados por crianças, adolescentes, mulheres, idosos, deficientes entre outros. Trata-se da proteção dos vulneráveis, dos mais fracos, daqueles com condições existenciais mitigadas pelo meio político, social e econômico onde vivem.

Um segundo trajeto na realização desses direitos consiste essencialmente na adoção das orientações internacionais, perfectibilizadas por meio dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos específicos, pelos ordenamentos jurídicos internos dos países partes desses meios de proteção. E essa adoção se fez possível, no direito brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

A necessidade de proteção dos direitos do homem[68] conclama, pois, as Constituições a conferir uma uni-

---

65 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 26.

66 *Ibidem.*

67 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.26.

68 Nesse sentido, Norberto Bobbio questiona como fundamentar os direitos do homem, tendo em conta a impossibilidade de dar-lhes uma noção precisa, para concluir que não

dade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais.[69] É o que ensina Jorge Miranda[70] ao afirmar que esse entendimento repousa na *dignidade da pessoa humana*,[71] o que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade, a par de enfatizar que, para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa, do "homem situado" no mundo plural, e portanto conflitual, em acelerada mutação.

A dignidade da pessoa humana[72] para Ingo Wolfgang Sarlet[73], em uma

---

se pode propor a busca de um fundamento absoluto desses direitos. Todavia, assevera que problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los. (*Ibid.*, p. 18-24).

69 Ricardo Antonio Lucas Camargo pontua, nesse particular, que "embora a doutrina insista na distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, o fato de o Direito Constitucional positivo brasileiro haver insculpido em seu texto direitos catalogados em Tratados Internacionais, como reconhecem Jorge Renato dos Reis, Eduardo Fischer e Max Möller: "fez com que expressões como Direitos Fundamentais e Direitos Humanos fossem tidas por sinônimas". *Custos dos direitos e reforma do estado.* Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 111-112.

70 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2009. V. 4, p. 180-182.

71 Antônio Junqueira de Azevedo refere que "a utilização da expressão 'dignidade da pessoa humana' no mundo do direito é fato histórico recente. Evidentemente, muitas civilizações, graças especialmente a seus heróis e santos, respeitaram a dignidade da pessoa humana, mas juridicamente a tomada de consciência, com a verbalização da Express, foi um passo notável dos tempos mais próximos". A par disso, anota o autor que "parece que a expressão em causa surgiu pela primeira vez, nesse contexto preceptivo em que hoje está sendo usada, em 1945, no 'Preâmbulo' da Carta das Nações Unidas ('dignidade e valor do ser humano'). A palavra 'dignidade', porém utilizada em contexto ético, não jurídico, para o ser humano, já está muito precisamente em Kant, que opõe 'preço' – 'Preis', para tudo que serve de meio à 'dignidade' – 'Würde', para o que é um fim em si mesmo o valor intrínseco do ser racional (para o citado filósofo, somente o homem está nessa condição" (AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caraterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 91, n. 797, p. 11-26, mar. 2002).

72 Acerca da caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, Antônio Junqueira de Azevedo anota que esta "como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1. respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2. consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e, 3. respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária". (Ibid.).

73 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

perspectiva muldimensional, aberta e inclusiva, é precisamente "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e da mesma consideração por parte do Estado e da comunidade". E completa: "implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável".

Confere-se, assim, eficácia irradiante[74] das normas definidoras dos direitos fundamentais a todo ordenamento jurídico, indicando que "a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da consequente promoção da justiça social e da solidariedade".[75] Acerca do tema, pontua Ingo Wolfgang Sarlet:[76]

> Como um dos mais importantes desdobramentos da força objetiva dos direitos fundamentais, costuma-se apontar para o que boa parte da doutrinal e jurisprudência constitucional na Alemanha denominou de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e avaliação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico.

Assim é que, no direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana e sua correspondente esfera de proteção são o "elemento nuclear dos direitos fundamentais",[77] constituindo o "fio condutor" da travessia para o Direito Civil contemporâneo,[78] porque os direitos fundamentais merecem proteção onde quer que se encontre o indivíduo, seja no âmbito público ou privado.

E, em razão disso é que, no ordenamento jurídico brasileiro há uma

---

74 SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada:* construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000a. p. 107-163.

75 LÔBO, op. cit., p. 18-28.

76 SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Comentário ao Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 337-342.

77 FACHIN; RUZYK, 2006.

78 Ibid.

correlação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade, indicando um processo que a doutrina[79] denominou de *constitucionalização do direito civil*,[80] em que diluem-se as esferas públicas e privadas na busca de proteção desses direitos, em que estes não são opostos unicamente ao Estado, mas também aos próprios particulares nas relações privadas travadas entre si.

No ordenamento jurídico brasileiro, pessoa[81] é o titular de direitos e destinatário de obrigações; é o ser que nasce com vida, momento em que adquire personalidade, a qual é conferida pelo direito às pessoas naturais e, por ficção, às pessoas jurídicas.

No que refere à pessoa humana, Antônio Chaves anota que "personalidade nada mais é do que a reunião dos elementos psíquicos que formam a pessoa, ser diferente dos demais, individualidade com características próprias",[82] e que coincide, a rigor, com a duração da vida humana: tem início com o nascimento, com vida, e termina com a morte,[83] que pode ser

---

79 Ver, por todos, Ibid.

80 Paulo Lôbo ensina que a constitucionalização do direito civil, no Brasil, é um fenômeno doutrinário que tomou corpo principalmente a partir da última década do século XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressões das transformações sociais. Disseminou-se a convicção da insuficiência da codificação, e até mesmo a superação de sua função, ante a complexidade da vida moderna e o advento dos microssistemas jurídicos pruridisciplinares, como o direito do consumidor, o direito ambiental, os direitos da criança e do adolescente e do idoso. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) *Direito civil contemporâneo:* novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-28.)

81 O conceito jurídico de pessoa humana foi recentemente delimitado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação de Declaração de Inconstitucionalidade n. 3.510, que teve por objeto o bloco do artigo 5º da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, Lei de Biossegurança, em que se questionou a constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. No caso, a Suprema Corte brasileira entendeu pela constitucionalidade dos dispositivos legais objeto da referida ADI, por entender que, no ordenamento jurídico brasileiro, o ser humano torna-se pessoa a partir do nascimento com vida, embora confira proteção legal ao nascituro desde a concepção.

82 CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. V. 1. Parte Geral, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 186.

83 O Código Civil de 2002 dispõe acerca da legitimação para a proteção dos direitos de personalidade do morto (arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único).

real ou ficta, por presunção, com ou sem declaração de ausência.[84]

A personalidade é definida por particularidades capazes de identificar o indivíduo em seu meio social, como o nome, o estado e o domicílio. Com efeito, "pelo nome, identifica-se a pessoa; pelo estado, a sua posição na sociedade política, na família, como indivíduo; pelo domicílio, o lugar de sua atividade social".[85] Esses elementos que permitem a perfeita identificação da pessoa e que a individualiza e a diferencia em seu meio social em relação aos demais, denominam-se *atributos da personalidade.*[86]

Por sua vez, os *direitos da personalidade* são aqueles "considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade".[87] Apontando diversidade de conceitos doutrinários e para bem defini-los, Orlando Gomes, sugere a delimitação de seu *objeto,* como "bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção".[88]

Nesse sentido, para o autor "a teoria dos direitos de personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se a sua construção se apoia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos em que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos".[89] Os direitos de personalidade não são classificáveis entre os direitos pessoais ou reais[90], mas distinguem-se por serem "absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários",[91] e "opõem-se *erga omnes,* implicando o dever geral de abstenção".[92]

---

84 A morte presumida pode ser declarada sem decretação de ausência, nos casos indicados nos incisos I e II do art. 7 do Código Civil brasileiro, a saber: se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Além disso, a Lei n. 9.140, de 1995, reconhece como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período de 02.09.1961 a 05.10.1988.

85 GOMES, 1987, p. 129.

86 NERY, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Ob. cit., p. 208.

87 Ibid,. p. 129.

88 Ibid., p. 131.

89 Ibid., p. 132.

90 Ibid., p. 132.

91 Ibid., p. 132.

92 Ibid., p. 132.

Na classificação de Orlando Gomes, os direitos à integridade física e à integridade moral formam dois grandes grupos dos direitos de personalidade, arrolando, no primeiro, o direito à vida e direitos sobre o próprio corpo; no segundo, a relação é formada pelo direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e, também, pelo direito moral do autor.

O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo aos direitos de personalidade, positivando em seu artigo 11 o caráter intransmissível e irrenunciável desses direitos, bem como estabeleceu regras acerca da disposição do próprio corpo (art. 13), também para além da morte (art. 14), enquanto o Estatuto do Idoso estabeleceu que envelhecer é direito personalíssimo. Não se quer dizer com isso que os direitos de personalidade estejam tipificados na lei, mas, apenas demonstrar que estão positivados em rol exemplificativo a fim de atender à exigência de um *direito geral de personalidade*,[93] porque esta não se restringe à classificação legal.

O ato de testar pode ser meio de proteção de alguns dos direitos de personalidade do testador, que tem preservada, pela via testamentária, intenções e aspectos de sua vida privada, de sua intimidade, que não deseja revelar ou levar a efeito em vida. O sigilo, especialmente por meio do testamento cerrado, possibilita esse resguardo nos limites impostos pela lei, quer no que se refere às disposições patrimoniais, que são limitadas a metade da herança, caso tenha deixado herdeiros necessários,[94] quer no que consta em conteúdo existencial, que não poderá contrariar a ordem pública e os bons costumes.[95]

O reconhecimento de filho por testamento propicia essa proteção especialmente no que refere à intimidade e à vida privada do testador. Isso porque a perfilhação poderá estar no plano das questões que o testador deseja que sejam reveladas e que tenham efeitos somente depois de sua morte. Nesse particular, embora público o testamento, e que tenha sido revogado, uma vez verificada a perfilhação, esta somente surtirá efeitos após o decesso do disponente, tendo em conta que não há nenhuma exigência legal de que seja o reconhecimento de pa-

93 SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza. *O Direito Geral de Personalidade.* Dissertação de doutoramento. Coimbra Editora, 1995.

94 Arts. 1.845 e 1846 do Código Civil de 2002.

95 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*, 8. ed., rev., ampl. e atual. até 12.07.2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.336.

ternidade registrado no momento da revogação.

Para além disso, o reconhecimento de paternidade pela via testamentária está intrinsecamente relacionado aos atributos da personalidade do reconhecido, como a determinação do nome, do estado familiar e sucessório, constituindo-se em título do estado de família, para fins de registro,[96] conferindo ao perfilhado o caráter de sujeito do conjunto de direitos e deveres decorrentes desse estado familiar,[97] que também é atributo da personalidade.

O nome revela o tronco familiar a que pertence a pessoa, ao tempo em que singulariza o sujeito que identifica, simbolizando o direito à identidade; enquanto o estado de família indica a posição familiar da pessoa, da qual decorrem direitos e deveres correlatos.[98]

Ocorrendo a perfilhação perfectibiliza-se o direito à filiação, cuja proteção decorre de mandamento constitucional, tal como preconiza o parágrafo 6º do art. 227 da Constituição Federal, que dispõe que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e as mesmas qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, reproduz a norma constitucional e prevê expressamente que "o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça" (art. 27), além de facultar igualmente o reconhecimento de paternidade por testamento (art. 26).

Com efeito, é inequívoco que o direito à filiação é direito de personalidade, porque envolve o conhecimento da identidade biológica ou socioafetiva do perfilhado, e, bem assim o nome, os direitos de família e de sucessão, também previstos constitucionalmente.

Por fim, o reconhecimento de paternidade pela via testamentária, depende da ausência de registro de paternidade na certidão de nascimento do perfilhado, bem como do consenti-

---

96 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Acerca do tema, ensinam os autores que "em regra, o título de estado de família consubstancia-se em instrumentos e documentos inscritos no Registro Civil. Contudo, as sentenças judiciais também podem ser constitutivas de um estado de família". Ob. cit., p. 209.

97 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Ob.cit., p. 209.

98 Nesse sentido, NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Ob.cit., p. 208-209.

mento deste. O que implica reconhecer que, nessa situação, essa forma de reconhecimento de paternidade compõe a identidade do reconhecido, reconstruindo sua personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A filiação é a relação jurídica entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos, biológicos ou socioafetivos, que determina o nome, o estado de família e sucessório das partes, envolvendo, pois, os correspondentes direitos de personalidade.

Por sua vez, o reconhecimento de paternidade pela via testamentária é direito de personalidade do disponente que diz com sua autonomia pessoal, privacidade e liberdade. O ato jurídico de testar, nesse plano, produz efeitos no mundo jurídico, modificando atributos da personalidade do perfilhado, que até então não tinha perfectibilizado o seu direito à filiação. Ambas as esferas de direitos de personalidade – do perfilhante e perfilhado – guardam intrínseca relação.

Por fim, pode-se afirmar, ademais, que a perfilhação *pos mortem* pode implicar "abandono em vida" e "amparo após a morte", em que os princípios da solidariedade familiar e da paternidade responsável e os deveres daí decorrentes ficam diferidos para depois do decesso do disponente.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria do Geral do Direito Notarial,* São Paulo: Saraiva, 2007.

CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COULANGES, Fulstel de. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DUGUIT, Léon. Traité de Droit Constitutionnel. Troisième Édition. Paris: Anicenne Librairie Fontemoing & C., Éditeurs. 1927, p. 317-354.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 6: Direito das sucessões. 21. ed., rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica do Direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. 6: Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*: O dicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOMES, Orlando. *Sucessões.* 14. ed., rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. V. 6: Direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima *et al*. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao art. 5., inciso XXX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) p. 337-342. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

MENKE, Fabiano. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

NADER, Paulo. Direito da Sucessões, V. 6. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de Herança*. A nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Itabaiana. *Tratado de Direito das Sucessões.* São Paulo: Brasil, 1952.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digita*l. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RÉGIS. Mário Luiz Delgado. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que Precisamos Mudar o Código Civil? *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. Ano 7. n. 29, p. 191-222, abr./maio, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANSEVERINO, Francisco de Assis. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre, 2008.

SANTOLIM, Cesar. Aspectos jurídicos do governo eletrônico: as tecnologias da informação na Administração Pública. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações (RDIT),* Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 85-97, jan./jun. 2007.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Direito das Sucessões – Propostas de Alteração. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. Ano 7. n. 29, p. 185-190, abr./maio, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Comentário ao Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. p. 337-342. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SICA, Salvatore. SATANZIONE, Pasquale. *Commercio elettronico e categorie civilistiche*. Milano: Guiffrè Editore. 2002.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Vera Maria Jacob de Fradera (Org.). Porto Alegre Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Exclusão Digital: A miséria na era da informação.* São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2005.

SWENSSON, Walter Cruz (*et al*.). *Leis de Registros Públicos Anotada*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume único. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012; São Paulo: Método, 2012.

TORRE, Massimiliano Della. *Diritto e Informatica.* Milano: Dott. A. Gurffrè Editore, 2007.

ZANONI, Eduardo A. Manuel. *De derecho de las sucessiones*. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1999.

REFLEXO DO REGIME DE BENS NO DIREITO CONCORRENCIAL SUCESSÓRIO

André Luis Rodrigues Pedrozo[1]

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 dividiu a tutela jurídica da família em dois títulos. No primeiro, tratou do direito pessoal de família, baseado na afetividade do enlaço matrimonial necessária para o livre desenvolvimento da personalidade. Já no segundo, tratou do direito patrimonial de família, o qual não é envolto no afeto, mas sim em disposições sobre os bens amealhados no interregno do casamento.

O jurista Clóvis do Couto Silva, responsável pela Relatoria das propostas de modificação no Direito de Família, apresentou inovação sistemática à estrutura do Livro. Preocupado com as relações emergentes dos vínculos familiares, optou por dividi-las de acordo com a carga de personalidade que fossem dotadas.[2]

O que nos interessa no presente ensaio, e como o título sugere, é o reflexo do direito patrimonial quando do decesso de um dos cônjuges, reverberando no direito concorrencial sucessório a depender de qual regime de bens foi adotado.

A proposta primeva deste artigo é apresentar uma visão geral dos regimes de bens tipificados no ordenamento jurídico, apresentando-os como ponto principal na concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes do *de cujus*.

---

1 Advogado militante, especializando em Direito Civil e Processo Civil, aluno ouvinte da Turma de Mestrado em Direito de Família e Sucessões na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

2 COSTALUNGA. Karime. *Direito de Herança e Separação de Bens*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 25.

Desta forma, prefacialmente, abordaremos os regimes de bens esposados no Código Civil. Ao depois, será analisada a concorrência sucessória, exclusivamente dos descendentes. Por fim, analisaremos a participação do cônjuge na herança nos regimes de bens com maior polêmica, quais sejam: comunhão parcial e separação de bens, às quais será dada ênfase à jurisprudência do Tribunal gaúcho e também do Superior Tribunal de Justiça.

2. DOS REGIMES DE BENS

Os regimes de bens constituem os princípios que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges na constância do matrimônio.[3] Podemos, também, conceituar como as relações econômicas que disciplinam e regem o patrimônio trazido ou adquirido pelo casal durante o casamento, regidos por uma legislação específica, até sua extinção.

2.1 Histórico

Sua origem, ainda primitiva, foi nos primórdios do direito romano. A família no direito pré-clássico caracterizava-se pela rigidez patriarcal, pois "os poderes do *pater* famílias sobre as pessoas a ele submetidas se designam, a princípio, com uma única palavra: *manus*". "Todo patrimônio da família lhe pertence; daí tudo que as pessoas, que lhe são submetidas, adquirem passa a pertencer a ele".[4]

Ao casar, a mulher sujeitava-se "à autoridade (*manus*) do marido. A *Manus*, ou seja, esse ato de dominação, se estabelecia por meio de três diferentes procedimentos: *usus, confarreatio* ou *coemptio*. O *Usus* consistia simplesmente na submissão contínua da mulher ao homem, durante um ano, representando uma entrega de fato. Esse período, sendo ininterrupto, permitia a consolidação da *manus*, dando-lhe contornos jurídicos: espécie de casamento por usucapião. A *confarreatio* era uma cerimônia, semelhante ao casamento de hoje, realizada na presença de testemunhas e sob a presidência do grande pontífice. Como em qualquer solenidade, em qualquer religião, deus nenhum dispensa oferendas, nesse ato solene se oferecia um pastel de farinha (*farreum*) a Júpiter. A *coemptio*, como a própria palavra indica, não

---

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições ao direito civi*l. Direito de Família. V. V, 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 189.

4 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. V. II, 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 249.

5 CARVALHO. João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1996, p. 11-12.

representa senão uma venda ficta da mulher ao varão".[5]

Os bens da mulher que se sujeitava ao marido (*manus*) eram a ele transferidos em sua totalidade.

Importante citar os ensinamentos de Rudolph Von Ihering[6]:

> En el estado antiguo, que descansa sobre el principio de familia, el matrimonio tuvo un grave carácter particular. Acto religioso, su disolucion no era posible sino en muy pequeño número de casos, y sólo con la intervencion de los sacerdotes.[7]

Ocorre que, com a evolução da sociedade romana e o número de divórcios aumentando, as mulheres, não raras vezes, com a morte do esposo, ficavam desnudadas de qualquer patrimônio para a mantença do mínimo existencial, uma vez que todos seus aprestos passavam para o marido.

Diante desta situação periclitante, surgiu uma ação especial denominada *rei uxoriae*, conhecida também como *actio injusti repundii*, na qual a mulher tentava, pelo menos, a devolução de parte de seus bens que foram entregues ao marido.[8]

Com o avanço da história, os povos de forte influência romanista, como o Brasil, assimilaram em seus ordenamentos a concepção romana.

2.2 No Brasil

Quando da edição do Código Civil de 1916, a família era exclusivamente constituída pelo matrimônio. O casamento era indissolúvel, levando-se a uma união plena de vida e de patrimônio. O regime legal era o da comunhão universal de bens.[9]

Com a edição da Lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), por meio da qual foram alterados alguns dispositivos do Código Civil vigente à época, iniciou-se timidamente a modificação do caráter de igualdade da mulher na sociedade conjugal.

Houve uma verdadeira evolução com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), passando o regime leal de bens "a ser o da comunhão parcial, que afasta a comunicação do acervo adquirido

---

6 IHERING, Rudolph Von. *El espíritu del Derecho Romano em las diversas fases de su desarrolho*.Tomo I. Granada: Editora Comares, 1998, p. 154.

7 Tradução Livre: "No estado antigo, que se baseia no princípio de família, o casamento teve um caráter particular sério. Como tratava-se de ato religioso, a sua dissolução só era possível em alguns poucos casos, e apenas com a intervenção dos sacerdotes".

8 CARVALHO. Op. cit., p. 12.

9 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 226.

antes do casamento. As heranças, os legados e as doações percebidos por um dos cônjuges, a qualquer tempo, antes ou durante a vigência do matrimônio, igualmente não se comunicam. O estado de condomínio se estabelece somente com relação aos aquestos, isto é, os bens adquiridos no período da vida em comum, com escassas exceções".[10]

A igualdade plena de direitos entre homens e mulheres atingiu seu ápice com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Dita isonomia, por óbvio, refletiu no regime de bens, principalmente quanto à administração do patrimônio do casal.

O Código Civil de 2002 propôs aos nubentes quatro regimes de bens: comunhão universal, comunhão parcial, separação e participação final dos aquestos.

Estes são os regimes que livremente podem escolher os cônjuges. Contudo, havendo alguma das causas do art. 1641 do Código Civil, a lei impõe de forma cogente a separação obrigatória de bens.

Inicialmente, iremos abordar de forma breve alguns aspectos dos regimes de bens esposados no Código Civil e, ao final, daremos relevância maior para os regimes de comunhão parcial e separação de bens.

Como dito alhures, os cônjuges podem escolher livremente o regime de bens que melhor lhes aprouver, desde que não hajam os impedimentos já referidos. É facultando, inclusive, criar regimes híbridos por meio da confecção de pacto antenupcial, exigindo-se apenas que não contenha convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei.

2.3 Da Comunhão Parcial de Bens

No regime de comunhão parcial de bens (art. 1658 do Código Civil[11]), que, diga-se de passagem, não havendo convenção das partes exteriorizada pelo pacto antenupcial, (arts. 1640 e 1653[12], ambos, do Código Civil), é o regime legal vigente, comunicam-se os bens adquiridos a título oneroso

10 DIAS, Família. Op. cit., p. 227.

11 Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

12 Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

na constância do casamento, exceto os previstos no art. 1659 do Código Civil[13].

Silvio de Salvo Venosa aduz:

> A ideia central no regime da comunhão parcial, ou comunhão de adquiridos, como é conhecido no direito português, é a de que os bens adquiridos após o casamento, os aquestos, formam a comunhão de bens do casal. Cada esposo guarda para si, em seu próprio patrimônio, os bens trazidos antes do casamento. É o regime legal, o que vigora nos casamentos sem pacto antenupicial ou cujos pactos sejam nulos [...].[14]

Paulo Lôbo complementa:

> O que singulariza o regime, considerado por muitos o mais equitativo, é a separação e convivência entre dois tipos de bens: os comunicáveis, ou comuns, e os não comunicáveis, ou particulares. Resultam três massas patrimoniais distintas, cada uma com seus respectivos ativos e passivos: duas particulares e uma comum.[15]

2.4 Da Comunhão Universal

Até a entrada em vigor da Lei do Divórcio (Lei 6.515/ 77), era o regime de bens vigente, quando os nubentes não firmavam escritura pública diversa.

Consoante art. 1667 do Código Civil[16], na espécie comunicam-se todos os bens, quer sejam adquiridos antes ou após o casamento, salvo poucas exceções, elencadas no art. 1.668[17] do Código Civil.

---

13 Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I. os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II. os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III. as obrigações anteriores ao casamento; IV. as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V. os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI. os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII. as pensões, os meios-soldos, os montepios e outras rendas semelhantes.

14 VENOSA, Silvio Salvo. *Direito Civil:* Direito de família. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 365.

15 LÔBO. Paulo. *Direito Civil.* Famílias. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 317.

16 Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

17 Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I. os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II. os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição sus-

No escólio de Caio Mario, que aduz:

> O que caracteriza o regime de comunhão universal é a comunicação de todos os valores, móveis ou imóveis, de que cada um dos cônjuges é titular ao tempo das núpcias, e bem assim os que forem adquiridos na constância do matrimônio, posto que adquiridos por um deles apenas. Comunicam-se igualmente as dívidas, anteriores e posteriores. Além de outras exceções, legais ou convencionais, eventualmente estabelecidas, o artigo seguinte exclui da comunhão os bens ou dívidas que menciona.[18]

2.5 Da Separação De Bens

No regime de separação de bens, o legislador substantivo evidenciou que cada consorte administra-se seus bens como melhor lhe aprouve-se (art. 1687 do Código Civil[19]). Inclusive, achou-se por bem, expressamente expungir a norma esculpida no art. 1647, inciso I, do Código Civil[20].

No regime de separação de bens, "cada cônjuge conserva a plena propriedade, a integral administração e a fruição de seus próprios bens, podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente, sejam móveis ou imóveis."[21]

No regime de separação de bens, cumpre dizer que há duas espécies, quais sejam: a) separação obrigatória de bens, esculpida no art. 1641 do Código Civil[22]; e b) a separação convencional/livre/espontânea de bens, regrada pelo pacto antenupcial.

No referido regime de bens, sequer tem o cônjuge sobrevivente direito de meação dos bens. Por óbvio, esta regra deve ser relativizada face ao teor da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal[23]. Embora o enun-

---

pensiva; III. as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV. as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V. os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

18 PEREIRA, Op. cit., p. 230.

19 Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

20 Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I. alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis.

21 GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. V. 6: Direito de família. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 490.

22 Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

23 Súmula 377: No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

ciado refira-se a separação legal, o mesmo deve ser interpretado em harmonia principiológica com os ditames constitucionais da igualdade[24] e dignidade da pessoa humana[25].

Importa saber se no regime de separação de bens (legal ou convencional) o cônjuge supérstite tem direito sucessório concorrente.

2.6 Da participação final nos aquestos

A fim de não passar incólume, o regime de participação final dos aquestos, que não vingou no Brasil, segue as regras do art. 1672 do Código Civil[26].

3. DO DIREITO SUCESSÓRIO

3.1 Da distinção entre meação e herança

Uma distinção que se impõe esclarecer é a diferença entre meação e herança.

O direito sucessório não se confunde com meação, uma vez que nesta as metades do patrimônio pertencem a cada um dos consortes, enquanto a herança é o patrimônio deixado pelo falecido.

A meação tem origem no direito patrimonial familiar, ou seja, é o patrimônio comum amealhado pelo casal na constância do casamento, dependendo do regime de bens adotado. Nada mais é que "os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas devem ser divididos".[27]

Assim, não há como confundir herança e meação. São institutos diversos: um situa-se no âmbito do direito sucessório e o outro pertence ao direito das famílias e é condicionado ao regime de bens do casamento.[28]

---

24 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

25 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 [...]; III. a dignidade da pessoa humana.

26 Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

27 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 108.

28 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

3.2 Da concorrência sucessória

Sucessão é "a transferência de bens de uma pessoa a outra, que pode ser de duas formas: por vontade das partes ou em razão da morte".[29]

O Código Civil alçou o cônjuge à condição de herdeiro necessário (art. 1845 do Código Civil[30]), tendo, este, direito à legítima (art. 1846 do Código Civil[31]), e, em regra, não podendo ser afastado da herança por disposição de última vontade, a não ser que incida na espécie as hipóteses de renúncia, indignidade ou deserdação.

O cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário e concorrerá (obedecidos alguns requisitos) com os descendentes e (sem nenhum requisito) com os ascendentes, logo nas primeiras convocações sucessórias.[32]

Ao tratar sobre o tema, o professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma:

> O art. 1829 do novo Código Civil apresenta a grande novidade na matéria porque insere o cônjuge ao lado dos parentes na linha reta descendente e na linha reta ascendente, demonstrando o prestígio que a pessoa do cônjuge recebe com a nova ordem jurídico-privatística instaurada com o Código Civil de 2002.[33]

Sabe-se que a qualidade de herdeiro necessário é de grande valia, pois a ele é conferido o benefício da legítima, a qual consiste na porção de bens que o testador não pode testar nem doar por pertencer, de pleno direito, aos herdeiros necessários.[34]

A razão primeira de tal mudança – cônjuge como herdeiro necessário – remonta à alteração radical no tocante ao regime de bens, antes prevalecendo o da comunhão universal, de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma

---

29 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

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

31 Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

32 NICOLAU. Gustavo Rene. Sucessão legítima no Novo Código Civil. *Revista IOB de Direito de Família.* V. 9, n. 44. Porto Alegre: Editora síntese, 2007, p. 50.

33 GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência Sucessória à luz dos Princípios norteadores do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. V. 7, n. 29. Porto Alegre: Editora Síntese, 2005, p. 22.

34 DINIZ, Maria Helena. *Sucessão do cônjuge, da companheira e outras histórias* (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 11.

para ser herdeiro. Tendo já a metade do patrimônio, ficava excluída a ideia de herança.[35]

Não há dúvida de que o direito concorrencial integra o acervo hereditário, pois herança é.

Na ordem de vocação hereditária (art. 1829 do Código Civil[36]), o cônjuge sobrevivente aparece no terceiro lugar, após os descendentes e ascendentes. Inclusive, à inteligência do art. 1838 Código Civil[37], a falta de descendentes e ascendentes será deferida por inteiro o patrimônio do autor da herança independente do regime de bens.

A proteção legislativa ao cônjuge foi tanta que lhe restou reservada uma quarta parte em concorrência com os descendentes (art. 1832 do Código Civil[38]).

Na ordem de vocação hereditária quanto à concorrência sucessória, não resta dúvida que sempre haverá com os ascendentes (art. 1829, inciso II, do Código Civil[39]).

A questão polêmica, de dissenso na doutrina e na jurisprudência, fica reservada ao art. 1829, inciso I, do Código Civil, *"in verbis"*:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> I. aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; [...].

35 LEITE. Eduardo de Oliveira. *Comentário ao Novo Código Civil*. V. XXI. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 216.

36 Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I. aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II. aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III. ao cônjuge sobrevivente; IV. aos colaterais.

37 Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

38 Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

39 Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: [...]; II. aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge.

3.3 Da concorrencia no regime de bens da comunhão parcial

A despeito de a norma ser prolixa e de difícil compreensão, cumpre esclarecer, antes de adentrar no tema proposto, que no regime da comunhão universal inexiste falar em direito de concorrência do cônjuge. Já na comunhão parcial de bens, sempre houve divergência na doutrina, porquanto há posicionamentos opostos em relação ao tema.

Uma corrente aponta no sentido de que, se a lei não traz nenhuma restrição, não cabe ao intérprete fazê-lo. Dessa forma, o cônjuge sobrevivente herdaria sobre todo o acervo patrimonial do casal, além de receber metade dos bens comuns pela meação, ele ainda teria direito a herdar, em concorrência com os descendentes quanto aos bens exclusivos do falecido, o que redundaria, como podemos observar, em um tratamento extremamente privilegiado do cônjuge superveniente em relação aos demais herdeiros.[40]

Nesta esteira o escólio de Maria Helena Diniz:

> A lei não diz que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do de cujus e para atender ao princípio da operabilidade, tornando mais fácil o cálculo para partilha da parte cabível a cada herdeiro. A existência de tais bens é mera condição ou requisito legal para que o viúvo, casado sob o regime de comunhão parcial, tenha capacidade para herdar, concorrendo, como herdeiro, com o descendente, pois a lei convoca à sucessão legítima. Além disso: a) a herança é indivisível, deferindo-se como um todo unitário, ainda que vários sejam herdeiros (CC, art. 1.791 e parágrafo único); o viúvo que for ascendente dos herdeiros (descendentes do de cujus), tem *direito a uma quota não* inferior a um quarto da herança (CC, art. 1832); c) o cônjuge supérstite é herdeiro necessário (CC, arts. 1.845 e 1.846), tendo direito à quota legitimaria a ser respeitada na sucessão testamentária, visto que o de cujus só poderá dispor de sua porção disponível (metade da herança).[41]

A outra corrente é encampada pelo enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil:

> Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação

---

40 PALMA, Eduardo Oliva. A*s novas perspectivas do direito das sucessões em tempos de modernidade e pós-modernidade*. (Org. por Carlos Silveira Noronha.) Porto Alegre: Editora Sulina, 2011, p. 128.

41 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das sucessões. 26. ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 147.

> convencional de bens ou, **se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) serem partilhados exclusivamente entre os descendentes**. (grifo nosso)

Como visto, somente aos bens particulares, isto é, aqueles adquiridos anteriormente à celebração do casamento, poderia concorrer o cônjuge sobrevivente, enquanto os bens comuns seriam partilhados entre os herdeiros do morto.

Aliás, esse é o entendimento do Tribunal de Justiça gaúcho:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. SUCESSÃO DO CÔNJUGE. ART. 1829, I, DO CÓDIGO CIVIL. CASAMENTO SOB O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. MEAÇÃO SOBRE OS AQUESTOS E DIREITOS HEREDITÁRIOS APENAS SOBRE OS BENS PARTICULARES. Quando casados sob o regime da comunhão parcial de bens, em havendo bens particulares, a sucessão do cônjuge defere-se ao sobrevivente em concorrência com os descendentes apenas em relação a estes, uma vez que sobre os bens comuns já lhe tocará a meação. Enunciado n.º 270 das Jornadas de Direito Civil do CECJF. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70053084083, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 04/04/2013).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÃO DO CÔNJUGE CASADO SOB REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. ART. 1829, I, DO CPC. DIREITOS HEREDITÁRIOS SOBRE OS BENS PARTICULARES. O cônjuge supérstite casado pelo regime da comunhão parcial de bens possui direito sucessório em concorrência com os descendentes, quando o inventariado deixar bens particulares. O cônjuge sobrevivente, nesta hipótese, herda apenas os bens particulares. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70052298031, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em: 27/03/2013).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO DO CÔNJUGE. ART. 1829, I, DO CÓDIGO CIVIL. CASAMENTO SOB O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. MEAÇÃO SOBRE OS AQUESTOS E DIREITOS HEREDITÁRIOS APENAS SOBRE OS BENS PARTICULARES. QUANDO CASADOS SOB O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, A SUCESSÃO DO CÔNJUGE DEFERE-SE AO SOBREVIVENTE EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES APENAS EM RELAÇÃO AOS BENS PARTICULARES, UMA VEZ QUE SOBRE OS BENS COMUNS, JÁ LHE TOCARÁ A MEAÇÃO. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70045853652, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 28/03/2012).

Casado no regime de comunhão parcial, existindo bens particulares, o cônjuge terá o mesmo quinhão dos descendentes que herdarem por cabeça (art. 1832, CC), ressalvando a lei que, se os descendentes do falecido também forem do cônjuge sobrevivente, este não poderá receber menos de um quarto da herança.[42]

Apesar das divergências, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a *questio*, ao afirmar que "preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes"[43].

3.4 Da concorrência sucessória no regime de separação de bens

A separação de bens divide-se em duas subespécies: convencional e obrigatória.

A primeira, como o nome diz, utilizando-se da autodeterminação e autonomia da vontade, os cônjuges escolhem livremente que não haverá comunhão patrimonial na vigência do casamento, cada qual administrando seus bens como melhor lhe aprouver.

De outra banda, a separação obrigatória é aquela em que o império da lei impõe de forma cogente aos nubentes a celebração do casamento no respectivo regime, nos moldes do art. 1641[44] do Código Civil.

Cinge-se a indagação quanto à possibilidade do cônjuge ter direito concorrente à herança, quando livremente convenciona o regime de separação de bens. Isto porque o artigo de lei afirma não haver que se falar em herança, "salvo se casado este com o falecido no regime da separação obrigatória de bens"[45].

---

42 CARVALHO. Dimas Messias de. *Direito das sucessões*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011, p. 61.

43 REsp 992749/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Julgado em: 01/12/2009, DJe 05/02/2010, REsp 1117563/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Julgado em: 17/12/2009, DJe 06/04/2010.

44 Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I. das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II. da pessoa maior de 70 (setenta) anos (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010); III. de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

45 Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I. aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

A questão é polêmica, existindo vozes dissonantes, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. *Ad exemplum*, trazemos a colação julgado recente do Tribunal gaúcho, reconhecendo o direito concorrente no regime de separação convencional de bens, conforme ementado:

> INVENTÁRIO. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM O FILHO. CABIMENTO. 1. A lei que rege a capacidade sucessória é aquela vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência dos art. 1.787 do CCB. 2. Tendo o casamento sido realizado pelo regime da separação convencional de bens, o cônjuge supérstite deve ser chamado para suceder, concorrendo com o filho do casal aos bens deixados pelo falecido. [...] Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70054717319, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 21/05/2013)

Ao sentir do ínclito julgador, muito embora as partes fossem casadas no regime de separação convencional de bens, ante a escritura de pacto antenupcial, a cônjuge seria herdeira, por meio de direito concorrencial próprio, uma vez que o dispositivo legal nada fala quanto ao regime *sub judice,* havendo somente norma regulamentadora quanto ao regime de separação obrigatória de bens.

No voto, o julgador corrobora sua posição, afirmando que a hermenêutica jurídica veda a interpretação extensiva da exceção.

Por outro lado, Karime Costalunga, em obra que abordou o tema, opõe-se a esta possibilidade, porquanto a comunicabilidade patrimonial pós-morte seria tal qual alteração de regime de bens:

> Nessa perspectiva, tendo em vista a estrutura sistemática do Código, o seu caráter dotado de ordem e unidade pressupõe a quebra da coerência axiológica decorrente da circunstância de, concomitantemente, a ser reconhecida aos nubentes a possibilidade de autodeterminação para escolherem a separação patrimonial e a eles ser negada essa mesma possibilidade pela imposição de uma comunicabilidade do mesmo *post mortem*. Por que poderiam escolher a incomunicabilidade patrimonial se os bens de um vão, coativamente, comunicar-se com os do outro após a morte? Vale dizer que não há harmonia axiológica.[46]

Propõe, ainda, a doutrinadora, a possibilidade de feitura de testamento, se o cônjuge pretender a comunicação dos bens particulares após o decesso.

---

46 COSTALUNGA. Op. cit., p. 130-131.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, responsável em uniformizar a interpretação da lei federal, já se manifestou sobre o assunto.

No julgamento do Recurso Especial nº 992.749/MS[47], de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, após longo arrazoado sobre as correntes que interpretam o dispositivo legal, assenta quanto à separação de bens o seguinte:

> [...] A separação de bens, que pode ser convencional ou legal, em ambas as hipóteses é obrigatória, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal.
> Sob essa perspectiva, o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e, a outra, da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.
> Dessa forma, não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, salvo previsão diversa no pacto antenupcial, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. [...].

Entendeu a Relatora que separação é gênero, que mescla duas espécies: separação legal e separação convencional.

Portanto, não faz jus o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro.

A propósito, o Tribunal da cidadania corroborou a proposição em outros julgados: Ag 104754/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho, (decisão monocrática), julgado em: 26/10/2010, DJe 05/11/2010, REsp 1111095/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em: 01/10/2009, DJe 11/02/2010.

Como observado, o Superior Tribunal de Justiça mantém posicionamento da impossibilidade de concorrência sucessória no regime de separação livre de bens.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do presente ensaio, que não teve a pretensão de esgotar o tema,

47 REsp 992749/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Julgado em: 01/12/2009, DJe 05/02/2010.

foi de fazer uma singela ponderação da influência da escolha do regime de bens quando da morte de um dos consortes quanto à participação dos mesmos na herança.

Primeiro, fizemos uma incursão histórica nas origens romanas do regime de bens. Após, passamos pela evolução no direito nacional, com a entrada em vigor do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/67) e Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), que introduziram de forma incipiente uma nova concepção de sociedade conjugal, não mais aquela patriarcal, na qual havia o vilipêndio dos direitos mínimos da mulher. Com a edição da Constituição cidadã, houve uma real e concreta modificação da visão da mulher perante a sociedade. Não mais a mulher era tratada como "coisa", "sócia" ou, ainda pior, "prestadora de serviços domésticos". Na edição do Código Civil de 2003, como efeito imediato da Carta Magna, a mulher consolidou sua posição perante a sociedade conjugal ao açambarcar direitos de igualdade com o homem.

Dentre esses "novos" direitos, podemos afirmar que o regime de bens sofreu forte influência na patrimonialização da mulher quando do fim do casamento ou do decesso do cônjuge.

Passou-se a adotar, *de lege lata*, a comunhão parcial de bens como regime legal. Nossa legislação substantiva aduz, ainda, a existência de quatro outros possíveis regimes de bens, são eles: comunhão universal de bens, separação convencional e obrigatória de bens e, por fim, a participação final nos aquestos. Esclarece-se que o legislador apenas noticiou um norte, um caminho, não havendo óbice na escolha de regimes de bens híbridos, desde que não contrariem disposição de lei. Outras duas inovações foram a possibilidade de alteração do regime de bens e, a que nos interessa, a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes quando da abertura da sucessão.

O cônjuge, antes tão excluído, foi guindado a herdeiro necessário na ordem de vocação hereditária, tendo privilégio de concorrer na herança do morto com a classe dos descendentes. Além disso, não poderá sua quota parte ser menor que um quarto da herança.

Contudo, apesar de todas as vantagens atribuídas ao cônjuge, a doutrina e a jurisprudência andaram em mares turbulentos quanto ao instituto da concorrência sucessória, havendo divergências e posicionamentos antagônicos em relação ao tema.

Analisamos, principalmente, dois regimes de bens: a comunhão parcial e a separação de bens, até porque, ao nosso ver, são estes os mais contraditórios doutrinariamente.

No regime de comunhão parcial de bens, existem fundamentalmente duas correntes. De acordo com a primeira, na hipótese de o autor da herança ter deixado bens particulares, o cônjuge

supérstite herda sobre a totalidade da herança, sejam eles aprestos ou aquestos. Todavia, não havendo bens particulares, não fala-se em herança.

A segunda corrente sustenta que, possuindo o *de cujus* bens particulares, somente sobre estes haveria concorrência, e os bens comuns seriam partilhados apenas pelos descendentes.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento paradigmático, criou uma nova exegese para o dispositivo de lei. Afirmou que, no regime da comunhão parcial, tem direito concorrencial tão somente o cônjuge em relação aos bens comuns, independente de haver ou não bens particulares.

Ao nosso sentir, andou bem o Tribunal da cidadania, pois, no regime de comunhão parcial, todos os bens amealhados na constância do casamento subentende-se que houve desforço do casal para adquiri-lo. Portanto, os bens que foram adquiridos pelo esforço comum dos consortes, devem sofrer os efeitos da concorrência sucessória. Por sua vez, os bens particulares, aqueles que os nubentes já tinham antes do enlaço matrimonial, não pertencem ao cônjuge, devendo ser partilhados somente entre os herdeiros, ou seja, seus descendentes, pois não houve esforço comum para sua conquista.

Quanto ao regime de separação de bens, é gênero que congrega duas espécies: convencional e obrigatória.

Na separação livremente pactuada, a Superior Instância, a despeito de posicionamento diverso do Tribunal *a quo*, disse que não há necessidade de falar em herança, pois, se assim o fosse, seria alterado o regime após a morte.

Ao nosso juízo, a interpretação exalada pelo Tribunal Estadual, que admite a concorrência, parece estar em maior harmonia com a norma que regula a ordem de vocação hereditária aos descendentes.

Se quisesse o legislador ordinário abranger o regime de separação convencional de bens, teria demonstrado expressamente. Ao contrário, previamente atestou que no regime de separação **obrigatória** não gozaria o cônjuge do benefício da concorrência.

Ora, como bem afirmou o julgado do Tribunal de Justiça, a exegese não pode ir além do que foi preceituado na norma, que achou por bem aventar apenas a separação obrigatória.

Ademais, tivesse desejado que não fosse o consorte contemplado com parte da herança, teria o legislador apenas dito de forma genérica: "*o regime de separação de bens*", reconhecendo-se destarte inclusos a separação convencional e obrigatória. Se não o fez, certamente não quis abarcar as duas espécies.

Talvez, uma solução jurídica, seria emendar ou eliminar o adjetivo "*obrigatória*". Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro "se caso com

o falecido no regime de comunhão universal ou no de separação de bens".[48] Desta forma, ao nosso sentir, não há como se alinhar ao decidido pelo Tribunal da cidadania.

Por outro lado, na separação obrigatória de bens, ou seja, regime pelo qual o legislador compulsoriamente impõe que os nubentes se casem sob a égide deste regime, o Superior Tribunal de Justiça afirma que na separação de bens, seja ela legal ou convencional, não resta qualquer direito à meação ou concorrência sucessória.

A fim de não deixar passar *in albis*, a existência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal é amplamente aceita pelos nossos Tribunais.

A imposição obrigatória do regime de bens pareceu-nos a melhor interpretação, uma vez que o legislador afirmou, como já aduzido alhures, que nesse o cônjuge não teria direito concorrencial.

Não se olvidando do fato de ser o tema um tanto espinhoso, tentamos fazer uma reflexão teleológica, contribuindo com o debate. Portanto, esta foi uma singela análise de questões divergentes na doutrina e em nossos Tribunais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. STJ. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

BRASIL. TJRS. Disponível em <www.tjrs.jus.br>.

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. V. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

CARVALHO. João Andrades. Regime de bens. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1996.

CARVALHO. Dimas Messias de. *Direito das sucessões*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

COSTALUNGA. Karime. *Direito de Herança e Separação de Bens*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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

48 REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 63.

DINIZ, Maria Helena. *Sucessão do cônjuge, da companheira e outras histórias*. (Coord.) São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência Sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. V. 7, n. 29. Porto Alegre: Editora Síntese, 2005.

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. V. 6. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

IHERING, Rudolph Von. *El espíritu del Derecho Romano em las diversas fases de su desarrolho*. Tomo I. Granada: Editora Comares, 2011.

LEITE. Eduardo de Oliveira. *Comentário ao Novo Código Civil*. V. XXI. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

NICOLAU. Gustavo Rene. Sucessão legítima no Novo Código Civil. *Revista IOB de Direito de Família.* V. 9, n. 44. Porto Alegre: Editora Síntese, 2007.

PALMA, Eduardo Oliva. *As novas perspectivas do direito das sucessões em tempos de modernidade e pós-modernidade*. (Org. por Carlos Silveira Noronha.) Porto Alegre: Editora Sulina, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições ao direito civil. Direito de Família*. V. V. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

REPENSANDO A TUTELA DOS DIREITOS

Carlos Silveira Noronha[1]

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O vocábulo *"tutela"* traduz a ideia de amparo, proteção, defesa, apoio e guarda, em sentido genérico. Sua origem etimológica está na palavra homógrafa do nominativo latino "tutela", genitivo "tutelae", tendo sido usada na acepção jurídica por Cícero, em "Pro Caecina[2]". Com tal semântica, trasladou-se a expressão para a linguagem jurídica moderna, passando a significar, neste ramo do conhecimento científico, a proteção que a ordem jurídica se propõe a conferir às pessoas, aos bens e às relações que dela venham a necessitar para se resguardarem das ameaças de lesão ou para se recuperar de lesões efetivamente sofridas.

A ideia de tutela, em sentido amplo, resta substancial e formalmente amparada na própria estrutura do ordenamento jurídico que a contempla. Qualquer sistema jurídico positivo deve conter uma compleição capaz e bastante não só para satisfazer-se e efetivar-se como sistema definidor

---

1 Professor titular de Direito Civil no Curso de Pós-Graduação *estricto sensu* da Faculdade de Direito da UFRGS e no Curso de Direito, em nível de graduação, das Faculdades integradas São Judas Tadeu de Porto Alegre; mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

2 Prof. Ernesto Faria – Dicionário Escolar Latino-Português, p. 1.028-1.029, 4. ed. Publicação do Departamento Nacional de Educação do Ministério da Educação, Rio de Janeiro, 1967.

das condutas humanas na via do proceder retilíneo dos cidadãos que agem *segundo o direito* mas, também, como sistema instituidor dos instrumentos de proteção dessas condutas, quando, por efeito da falibilidade ou da descompostura do agir humano, venha o sistema descambar para o proceder negativo, pela via do *ilícito* ou do *"tortus"*.

Na perspectiva ora examinada, é mister se tenha presente que, na visão jusfilosófica, *direito* e *torto* são noções interdependentes e complementares, porque o direito, pela sua condição de ciência do homem, "é essencialmente violável e existe por graça de sua violabilidade", aduzindo ainda os jusfilósofos que "não se pode conceber o Direito, senão em correlação com o seu contrário: o "torto". Houve mesmo quem sustentasse, no campo da investigação jurídico-filosófica, que a noção de *"tortus"* antecede a noção de *"ius"*[3].

Data maxima venia da singular autoridade desfrutada por Del Vecchio no campo da filosofia, parece-nos ser mais consentânea, ao tratar-se do fenômeno jurídico, substituir-se a noção de *tortus* pela de *ilícito*, por significar esta a expressão que se contrapõe à de *direito*.

E, assim que da noção de *direito* com a noção de *tortus* ou de *ilícito* resulta a construção de um sistema de tutelas protetoras dos direitos, seja para preveni-los ante a ameaça de sua desintegração ou destruição, seja para recuperá-los em face da lesão consumada pela descompostura de uma das partes, caracterizada no descumprimento do dever ou da obrigação relativamente ao direito da outra parte.

Na verdade, um sistema de tutelas, para tornar-se operante e efetivo, deve compartimentar-se e completar-se objetivamente, sem lacunas no ordenamento jurídico. E para alcançar esta operosidade e efetividade, mister se faz que o sistema de tutelas se encontre inteiramente positivado, definido e integrado no ordenamento estatal e revestido, obviamente, das características de generalidade, completude, bilateralidade, e, no seu modo de atuar, revestido de fatores tais como os da voluntariedade e da coercibilidade, quando esta última se tornar necessária.

Isto, porque, deve-se ter em vista que a sociedade, em sua totalidade, não é composta por uma coorte de seres angelicais, na qual não se contemplaria o erro ou o ilítico, não se descumpriria o dever e nem se teria a perspectiva de que tal poderia vir a ocorrer, mas, ao contrário, convivem no complexo social, ainda que em

---

3 DEL VECHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução portuguesa de Antonio José Brandão, p. 39. Coimbra: Editora Armenio Amado, 1979.

minoria, entes imperfeitos, falíveis e suscetíveis de erronias e ilicitudes nas mais variadas ações humanas. Por tais razões, torna-se necessária a instituição de uma ordem jurídica completa e eficaz, para definir regras de conduta, sustentar o equilíbrio das relações sociais, como também para estabelecer e assegurar um ordenado elenco de instrumentos de tutelas hábeis a prevenir ou reparar os males consequentes de desvios de condutas humanas, que venham a perturbar o ambiente social.

De fato, negar-se-ia a si próprio o ordenamento jurídico que se limitasse a reconhecer abstratamente uma universidade de direitos atribuíveis aos seus cidadãos e não se propusesse adotar um sistema de tutelas capazes de dar-lhes proteção. É que, em sentido lógico e em sentido material, a estrutura de qualquer ordenamento jurídico só resta completa com a interação de uma dualidade de instrumentos de tutelas que venha a confirmar o brocardo jurídico em voga, sempre presente na expressão: "*ubi ius, ibi remedium*".[4]

Desse modo, um ordenamento jurídico pode adquirir seu grau máximo de efetividade, quando formalmente editado e posto em vigor segundo as regras que regulam a sua fonte de produção e, bem assim, quando institui um sistema de tutelas adequadas e bastantes para realizar-se, efetivamente, pela via da espontaneidade do sujeito, no cumprimento do dever ou pela via da coerção estatal, quando falhar a primeira.

A tutela dos dirteitos, em sentido amplo, implica uma compreensão material e objetiva do complexo jurídico estatal instituído para oferecer proteção ao grande universo de direitos subjetivos de que são titulares os cidadãos nacionais, devendo salientar-se que as categorias jurídicas que formam o sistema de tutelas vêm se constituindo histórica e necessariamente um dos relevantes papéis a cargo do Estado.

No entanto, a noção de direito individual vem cedendo espaço à noção social, em decorrência da elevação dos direitos sociais à categoria de *direitos de segunda geração*[5] em que a doutrina moderna propõe a substituição do termo *geração* pelo de *dimensão*[6], na classe das chamadas

---

4 DI MAJO, Adolfo. *La Tutella Civile dei Diritti*. p. 57-58. Milano: Ed. Giuffrè, 1987.

5 PELLOUX, Robert. Vrais et Faux de l´Homme – Problèmes de Definition et de classification. In: *Revue de Science Politique em France et à l´étranger*, n. I, p. 54 e note 8.

6 BOBBIO, Norberto. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 571-572. São Paulo: Edição Malheiros, 2009; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Estado e

liberdades públicas ou dos direitos fundamentais[7] e, bem assim, devido às influências sofridas com o surgimento da concepção social acerca dos papéis do Estado na consecução do *bem comum*, em termos modernos. E, notadamente, a partir do segundo quartel do século XX, vêm de destacando do direito subjetivo clássico os chamados *direitos supraindividuais* (coletivos e difusos), bem como vem sendo proclamada por certa corrente de opinião a categoria dos *interesses legítimos*.

Os chamados *interesses legítimos* constituem um novo fenômeno que está sendo construido pela ciência jurídica como resultado da coexistência entre o interesse público e o interesse privado, com o escopo de abrigar pretensões reflexas do sujeito privado toda vez que o poder público exercitar o interesse social em conformidade com as regras de conduta pública estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Tal posição não se identifica perfeitamente com a de direito subjetivo, no âmbito do direito substancial, que atribui ao indivíduo "um bem da vida", mas se compraz com a figuração de um poder de invocar um tipo de controle do ordenamento acerca do uso do poder público como se o particular fosse investido da função pública conferida no ordenamento pátrio ao Ministério Público de fazer respeitar a lei nos atos praticados pela pública administração. O *interesse legítimo* poderia ser concebido quase como uma mera ação deferida ao particular para controlar a prática de atos estatais, na visão de Chiovenda.

A título de exemplo, pode-se afirmar que o tipo de interesse privado que goza de maior proteção é o do *dominus* na relação de domínio, que é absoluto e incondicionado e se produz *erga omnes*. Pois bem, o interesse do proprietário não pode mais definir-se como direito subjetivo absoluto e incondicionado, sempre que diante dele subsistir o poder do ente público de sacrificar o bem objeto da propriedade, porque assim o exige o interesse social, por exemplo, a deliberação pública de construção de uma estrada ou a construção de uma escola, no solo de propriedade privada[8].

Diz-se que, nesse caso, o interesse do *dominus* é levado a ceder em face do interesse público, que exige a

---

Edicácia dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Direito da Unise*. n. 11, p. 52, Santa Cruz do Sul, 1999.

7 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Ana Cândida. *Liberdades Públicas*. p. 45-72. São Paulo: Edição Saraiva, 1978.

8 É de se notar que o direito de propriedade está delimitado não só nos ordenamentos socialistas, como nos do mundo ocidental, onde, a par do seu reconhecimento, é

realização da obra pública. Não se trata aqui de respaldar o argumento de que a tutela se lança para resguardar o interesse público, pois dúvidas não restam de que o interesse privado pode ser livremente sacrificado pelo interesse público.

Todavia, nao é isso que se quer dizer, mas sim que, nesse tipo de relação jurídica, entre o público e o privado, resta um *resíduo de tutela* de tipo diverso daquela que se opera nas relações entre particulares. Sustenta-se, que tal tutela tem caráter *condicionado e reflexo*. Na realidade, o particular, apesar de sua posição de submissão ao interesse dominador, tem ainda possibilidade de invocar tal remédio toda vez que o sujeito público deixe de exercitar corretamente, na conformidade da lei, o poder supremacial que lhe é conferido, figurando essa proteção especial como remédio contra o mau ou incorreto uso pelo poder público.

Poderá, assim, o proprietário lamentar-se que o poder expropriante não tenha sido exercitado para o fim ou escopo público destinado pelas leis do Estado, mas instrumentalizado para outros fins. Em tal hipótese, costuma-se dizer que o particular investe-se na titularidade de um *interesse legítimo* e não de um direito subjetivo. A expressão não é muito comum na literatura jurídica, mas já figura em algumas Cartas Constitucionais modernas, tais como na Constituição italiana de 1948 (artigo 24) e na Constituição portuguesa de 1976 (artigo 209). A atual Constituição brasileira de 1988, embora não contenha especificamente a expressão *interesse legítimo*, em várias passagens refere-se a *direitos e interesses*, quando cuida de temas pertinentes às garantias fundamentais (art. 59, incisos XXXII, XXXV, LX e LXX, b); aos sindicatos (art.8º, III); à proteção da ecologia (art. 129, III); aos índios (arts . 129, V e 232). Já o Código de Defesa do Consumidor, editado pela Lei nº 8.078/90, confere extenso elenco de meios de tutela para os *interesses difusos, coletivos* e *individuais homogêneos*. O mesmo ocorre com a Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, para proteger os interesses difusos pertinentes ao meio ambiente e aos consumidores.

As dificuldades acerca das distinções e soluções do problema em análise tornam-se menos severas quando o vislumbramos pelo plano da tutela. A diferença entre direitos subjetivos e

---

salientada sua *função social*. Assim, na França (artigo 17º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26.08.1789, incorporado ao preâmbulo da Constituição de 1946 e ratificado pelo Estatuto de 1958); Na Itália (Constituição atual, artigo 42); na Espanha (Constituição de 1978, artigo 33); em Portugal (Constituição de 1976, artigo 62º). A Constituição brasileira de 1988 estabelece a função social das propriedades urbana e rústica do Título VII, Capítulos II e III, artigos 182 a 191.

interesses legítimos não se refere ao interesse substancial do sujeito privado, que continua a ser o mesmo – v.g., o interesse do proprietário é o de excluir qualquer ingerência sobre a coisa própria, mas diz respeito ao modo e à forma de proteção.

Nas relações privadas há uma forma de *tutela incondicionada*, que é outorgada ao titular do interesse reconhecido pela lei material, seja no âmbito dos direitos reais ou pessoais, ao passo que nas relações de direito público, a ordem jurídica confere ao indivíduo não o poder de pretender em concreto "um bem da vida" nos exemplos referidos, quanto ao respeito ao direito de propriedade, ou à vitória em um concurso, ou a obtenção de licença edilícia, mas o respeito às regras jurídicas que disciplinam a atuação do poder público, para, no caso de seu descumprimento, chegar-se à anulação do ato ilegítimo. E o particular não invoca dita observância da lei animado por mero motivo altruístico, mas porque espera que também o seu interesse material venha a ser satisfeito ou de qualquer modo salvaguardado, eis que, a anulação do processo expropriativo revigora o seu direito de propriedade e, com a renovação do concurso, pode o candidato prejudicado tornar-se vencedor do mesmo e recuperar o prejuízo sofrido.

Mas tal construção pode ser acolhida porque não se trata de um interesse material diverso, mas de uma forma distinta de relevância deste e, em consequência, de *tutela*, atribuída ao particular quando o interesse deste *coexiste* com o interesse público. É nessa forma de *coexistência* que se deve colocar a característica nuclear de tal fenômeno. Mas a dita coexistência não pode ser assim considerada quando se venha a conceber simplesmente a presença de um interesse público dominador perante um interesse privado dominado, cuja relevância só se projeta *acidentaliter*, pois neste caso não se gera o interesse legítimo. É preciso que a *coexistência* entre um e outro interesse se projete *essencialiter*, para que deflua das normas atributivas do poder público em confluência com o interesse privado. É na forma de *coexistência* entre os dois interesses que se instala o *quid novi* do fenômeno.

Não existe um modelo homogêneo de interesses legítimos, como soe acontecer com os paradigmas do direito subjetivo. Aqueles se apresentam na arena jurídica com grande diversidade, mas tornam-se identificáveis por meio da coexistência de caráter *essencial* entre o interesse privado e o público.

É nessa perspectiva que alguns ordenamentos jurídicos e a doutrina internacional vêm sendo construídos à *tutela dos interesses legítimos*.[9]

---

9 Na doutrina italiana o tema é amplamente tratado, consulte-se, sobre todos: ADOLFO DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. p. 4-10. Milano: Ed. Giuffrè, 1987; na

É oportuno seja, neste passo salientado, que a doutrina dos *interesses legítimos* tem destaque no sistema italiano, onde existe duplicidade de funções jurisdicionais, consubstanciadas em uma jurisdição administrativa, esta realizada pela via do contencioso administrativo. Resulta, dessa duplicidade de jurisdições, uma tutela civil e uma tutela administrativa. Segundo essa doutrina, como já se disse anteriormente, os chamados *interesses legítimos* constituem um novo fenômeno que está sendo construído pela ciência jurídica como resultado da coexistência entre o interesse público e o interesse privado, com o escopo de abrigar pretensões reflexas do sujeito privado toda vez que o poder público exercitar o interesse social em conformidade com as regras de conduta pública estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Assim, em realidade, para a doutrina italiana os *interesses legítimos* comportam-se, naquele sistema, como *direitos subjetivos reflexos*, para a proteção dos quais é reservada uma tutela residual[10].

Todavia, deve ser observado que, a par direito pátrio não contemplar o contencioso administrativo do sistema italiano, registra-se entre nós a singularidade da proteção conferida ao direito subjetivo de qualquer das partes intervenientes na relação jurídica, e, ainda, que nesta convivam interesse privado e interesse público reflexo, a solução desta se opera exclusivamente pela *tutela judicial necessária,* porque afastada a *tutela substancial,* em razão da presença do interesse público prevalente e indisponível, por consequência.

De tal modo, não se vislumbra proveito na distinção doutrinária entre as categorias de direito subjetivo e interesse legítimo no direito brasileiro. E, assim, autores nacionais, como Calmon de Passos, repelem esta distinção, entendendo-a desautorizada pelo sistema nacional, quando refere: "Trazer-se para o direito brasileiro categorias já sem funcionalidade como a dos *interesses legítimos*, para colocá-los ao lado dos direitos subjetivos, ou pretender excluir os inte-

---

Alemanha: VON THUR, V. A. *Teoria General Del Derecho Alemán*. Trad. esp., V. I, p.73 e segs.; em Portugal: COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo*. p. 55-61. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1989; e, ainda, MELO FRANCO, João; ANTUNES MARTINS, Herlander. *Conceitos e Princípios Jurídicos*. p. 403. Coimbra: Livraria Almedina, 1983; no Brasil, ver, entre outros, GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. n. 73, p. 142-143. Riode Janeiro: Edição Forense, 1999.

10 DI MAIO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. Milano: Ed. Giuffrè, 1987; MONTESANO, Luigi. *La Tutela Giurisdizionali dei Diritti*. § 19, p. 40-43. Bari: Cacucci Editora, 1981.

resses transinviduais da categoria dos direitos subjetivos é insistir numa visão do direito do Estado, da organização política e da sociedade, já ultrapassadas[11].

2 DA BIPOLARIZAÇÃO DO SISTEMA DE TUTELA DOS DIREITOS

Como se viu, a noção de tutela, abraçada pelo Estado moderno, abriga um elenco de remédios ou de instrumentos estabelecidos, valorados e reconhecidos pelo respectivo sistema jurídico como adequado e satisfatório para amparar os direitos de que são titulares seus súditos, nas relações travadas no comércio jurídico e, bem assim, a instituição de um elenco de estilos e formas de cumprimento do dever ou da obrigação pelo outro interveniente no negócio jurídico. E tais instrumentos se realizam mediante dois sistemas de tutela distintos, ou seja, pela operosidade da *tutela substancial*, que se realiza no âmbito do direito material, ou da *tutela judicial*, que é disciplinada e se perfaz no concerto do direito processual. Assim, a tutela jurídica operada no horizonte da justiça civil realiza-se em dois planos distintos: no *plano substancial*, que se realiza espontaneamente, mediante o cumprimento do dever ou da obrigação, pelo obrigado, ou ainda, mediante a composição negociada entre as partes intervenientes no ato ou no negócio jurídico, ou em derradeiro, insubsistente esta, no *plano judicial*, realizado na área e por efeito da coação estatal, chamada a agir, por meio do processo judicial, operante nas situações patológicas que recaem sobre a relação jurídica material pelo descumprimento do dever ou da obrigação, pelo obrigado. Registra-se, assim, uma abrangência *bipolarizada* do sistema de tutela dos direitos. A primeira, também denominada mais popularmente *extrajudicial* ou *extraprocessual* e, a segunda, pode ser, com menor rigor técnico, denominada também *judicial* ou *processual*.

A *tutela substancial* nasce e se realiza ordinariamente inclusa no

11 A posição do citado autor nacional, contrária à distinção entre "direito" e "interesse" é extensiva aos chamados "interesses transindividuais". Sobre tal distinção Calmon de Passos, ainda se manifesta: "A dualidade de terminologia (interesses, no transindividual; direito, no individual) é de todo desautorizada, apenas traduzindo o remanescente conservador (mesmo inconsciente) dos que ainda não lograram se libertar da estreita cela em que foi aprisionada a noção clássica de direito subjetivo" CALMON DE PASSOS, J.J. In: *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data.* p. 10-11. Rio de Janeiro: Edição Forense, 1989.

contexto da relação material, de modo que, formada concretamente a relação jurídica, nela já se contém um corpo de instrumentos tutelares destinado a oferecer-lhe proteção, para impedir a ocorrência de situações adversas que venham a obstaculizar ou impedir a realização dos seus efeitos jurídicos, quais sejam a satisfação do direito do sujeito titular e o correspectivo cumprimento do dever pelo obrigado.

Assim, em senso comum, tutelar um direito no âmbito do *direito material*, significa implementar o amparo que naturalmente lhe advém da norma de conduta positivada no sistema jurídico e dos princípios vetores que lhe informam genericamente. E, deste modo, a *tutela substancial*, que se opera voluntária e espontaneamente, projeta-se mediante a observância das regras de conduta estabelecidas para a convivência harmônica de quantos participam do ambiente comunitário, na medida em que essas regras são editadas pelo Estado para reger os destinos sociojurídicos dos indivíduos que a elas se submetem, as acolhem, as observam integralmente com naturalidade e espontaneidade, atendendo a mensagem de cooperação e boa-vontade que se insere nos escopos social e político de harmonia e concórdia, como afluentes do macro-escopo do *bem comum*, papel do Estado moderno.

Com efeito, deve ser observado que na atuação da *tutela substancial* registra-se uma *precedência* ou anterioridade em relação a atuação da *tutela judicial*, caracterizando-se tal precedência como *lógica* e *necessária*. E essa precedência da primeira em relação à segunda revela-se *lógica* pelo fato de os respectivos instrumentos de tutela dessa ordem se conferirem naturalmente no próprio corpo da relação jurídica a ser protegida, atuando, assim, os referidos instrumentos tutelares automaticamente, no momento em que a dita relação vier a carecer de proteção.

Caracteriza-se, ainda, como *necessária* essa precedência da *tutela substancial* em relação à judicial, porque a provocação da jurisdição, mediante a ação e a instauração do respectivo processo, exige interesse de agir da parte autora e este não se dá enquanto não se esgotam todos os meios suasórios da pretensão do titular do direito perante o obrigado, ou seja, não podem ser ativados os remédios judiciais de tutela enquanto não se esgotarem ou não se mostrarem insuficientes ou inábeis os instrumentos substanciais de proteção. E assim o é, porque inobservada essa exigência, o autor da ação judicial seria considerado carecedor da ação, por inexistência de interesse de agir como prescreve o artigo 267, inciso VI da lei processual.

Outra característica da tutela substancial é a de ser *originária*, pelo fato de se realizar desde logo, imediatamente após tornar-se exigível o

direito do respectivo titular, constituindo-se, assim, esse tipo de tutela, o modo mais direto, mais genuíno e mais expedido do cumprimento do dever pelo obrigado, situação essa que se consubstancia no primeiro e relevante papel do cidadão perante o Estado que lhe oferece proteção social, política e jurídica em geral.

Reversamente, tal não ocorre com a *tutela judicial*, na qual o instrumento protetor do direito lesionado nasce externamente e extraordinariamente em outra relação jurídica, a relação processual, distinta da relação material tutelada, a qual se forma em face do descumprimento do dever ou da obrigação, pelo obrigado, a partir do exercício da pretensão de direito material e da ação judicial pelo titular do direito descumprido.

Assim, em realidade, a própria composição e inteireza de qualquer sistema normativo de tutelas deve estruturar-se, necessariamente, por essa *forma bipolarizada* dos canais de tutela substancial e judicial, com o escopo de oferecer efetividade e segurança quanto ao cumprimento espontâneo, negociado ou coativo das relações jurídicas travadas entre os cidadãos nacionais. E tal sistema tutelar dos direitos e, correspectivamente, o cumprimento dos deveres, por um e outro participante do ato ou negócio jurídico, a par de exercer seu relevante desiderato de propiciar a justeza de comportamentos das partes entre si, ainda tem o condão de sua indispensabilidade, na ordem estatal, para compor as soluções suasórias ou contrariadas entre os sujeitos delas participantes. É de notar-se que sem essa duplicidade de meios de tutelas, restar-se-ia inobservada ou insatisfeita a efetividade da ordem jurídica estatal.

Destarte, como já foi anteriormente observado neste trabalho doutrinário, o primeiro canal desse complexo tutelar dos direitos a ser implementado, é o da *tutela substancial*, que nesta circunstância se caracteriza como *tutela originária*, por instrumentar-se no complexo da própria *relação jurídica material*, porque é nesta que se instala originariamente a primeira sede da consciência de dever a ser cumprido por uma das partes perante a outra, e tal ocorre na exata oportunidade temporal que for estabelecida, cuja satisfação deverá operar-se por meio da *tutela substancial direta* ou *indireta*. E só na hipótese da superveniência de alguma circunstância que venha a modificar e afetar a consciência de dever inicialmente concebida por uma das partes, é que é invocada pelo prejudicado a *tutela judicial*, operada mediante a atuação coercitiva que a ordem jurídica atribue ao Estado, em caráter de *substituição* à substancial, por haver esta se tornado insubsistente, em face da alteração conceptiva que sobreveio na mente do obrigado a respeito do cumprimento do dever.

Desse modo, a *tutela judicial* assume o caráter de *tutela substitutiva*, na impossibilidade de operar-se a *tutela substancial* originariamente instrumentada na própria relação jurídica material, seja quando lesionado ou ameaçado de lesão o bem jurídico disputado pelas partes, ou impossibilitada a composição amigável pelo desentendimento dos intervenientes na relação jurídica questionada.

Assim sendo, pelo modo e pela oportunidade de sua atuação para dar solução ao ato ou negócio jurídico, seja qual for a sua natureza, a *tutela judicial* exerce a função de *tutela derivada*, consequencial ao insucesso da *tutela substancial*, quando esta deixar de atuar por inviabilidade ou por insuficiência de seus instrumentos estruturais, persuasivos e exortativos do obrigado a cumprir o dever ou a obrigação, ajustados na formação da relação negocial. É diante de tais contingências que a *tutela judicial* deve ser provocada mediante o exercício da pretensão, pelo titular, do direito descumprido pelo obrigado, que, então, se opera pela atuação coercitiva do Estado-Juiz.

De tal modo, é de se inteligir que a expressiva maioria das relações e situações jurídicas são implementadas e cumpridas em razão da consciência de dever e o de proceder correto restarem no seio da sociedade que emerge da formação ético-moral residente na generalidade do complexo social, subsistindo circunstancialmente e em caráter excepcional o *erro* e a *ilicitude*, o que autoriza a conclusão de que a solução das relações jurídicas é operada por meio da *tutela substancial*, surgindo como exceção a *tutela judicial*, embora, também, não se ignore que atualmente os órgãos judiciários labutam assoberbados por cópia quase invencível de processos a serem julgados.

Atua, pois, a *tutela judicial* que se opera no âmbito do direito processual, nas situações patológicas da relação de direito material, quando esta, por inaptidão ou por sua carência de meios coercitivos, deixar de implementar, por seus próprios instrumentos de tutela, situações de desconforto originadas por desentendimentos das partes. É diante dessa perspectiva a manifestação sempre precisa de Pontes de Miranda: "O processo não é mais do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo"[12].

Através do compartilhamento ou da *bipolarização* desses dois canais de tutela, abrangentes dos dois setores da ordem jurídica, resta a mesma

12 PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I, p. 100. Rio de Janeiro: Edição Forense, 1973.

armada dos instrumentos necessários e adequados para alcançar sua concreta, efetiva e plena realização. É nesse sentido a doutrina de Dinamarco: "Mostre-se a ideia da tutela como meio de promover a efetividade do ordenamento jurídico[13]". Referência especial, nesse particular, merece o Código Civil italiano, que dedica o Livro VI, integrado pelos artigos 2.643 a 2.969, para a disciplina "Della tutela dei diritti", sede em que distingue as duas espécies de tutela. A *substancial*, nos artigos 2.643-2.903, quando tratam da transcrição, das provas, da responsabilidade patrimonial (privilégios, penhor, hipoteca, dos meios de conservação da garantia patrimonial) e, nos artigos 2.934-2.969, que tratam da prescrição e da decadência; e a *tutela jurisdicional*, nos artigos 2.907-2.933 que tratam da execução forçada, da expropriação, do penhor, da venda forçada. Essas disposições contidas na codificação civil italiana dão o testemunho de que naquele ordenamento jurídico o sistema de tutelas dos direitos civis realiza-se nos dois terrenos: no substancial e no jurisdicional[14].

Ainda que no sistema nacional as referências prescritas nos artigos 2.907-2.933 do Código Civil italiano não sejam, toda elas, consideradas jurisdicionais pelo direito pátrio, o exemplo da divisão de tutelas em substanciais e jurisdicionais pelo direito peninsular, visando a proteção dos direitos dos seus cidadãos, vem demonstrar que também em legislações alienígenas esse sistema dual de tutela dos direitos é estruturado e aplicado.

No sistema nacional, como se tem demonstrado, o sistema de tutela dos direitos congemina-se e se compartimenta nas duas vias de tutela examinadas, a *tutela substancial* e a *tutela judicial*, esta regulada expressamente no sistema e classificada segundo a natureza do bem jurídico do seu titular, cuja preservação seja por este reclamada, realizando-se pelo exercício da função coercitiva do estado-juiz.

A *tutela substancial*, por outro lado, não se encontra nominada, nem explicitamente disciplinada na lei nacional, mas os instrumentos próprios e adequados para oferecer proteção aos direitos do cidadão brasileiro encontram-se implicitamente presentes no contexto do nosso sistema e se praticam cotidianamente, tanto na persecução do cumprimento espontâneo do

---

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. "Tutela jurisdicional". In: *Séparata da Revista Forense*. V. 334, p. 25. Rio de Janeiro: Cia. Editora Forense.

14 Itália. Ver: *Codice Civile e Leggi collegate*. Libro Sesto Della Tutela dei Diritti, p. 446-491. Bologna: Ed. Zanichelli, 2007.

dever ou da obrigação, pelo obrigado, por meio da *tutela substancial direta*, quanto na efetivação da *tutela indireta* em que o procedimento tutelar se opera mediante a colaboração do sujeito titular do direito, ou sujeito ativo, em acordo com o obrigado, ou sujeito passivo.

E essa *atuação bipolarizada* dos dois tipos de tutela projeta-se no direito nacional tanto mais relevante e até indispensável para compor o nosso sistema tutelar de direitos, quando se tem a percepção de que, sem essa duplicidade de instrumentos tutelares, restaria inobservada ou insatisfeita a efetividade da ordem jurídica nacional.

3 DA RELEVÂNCIA DA TUTELA SUBSTANCIAL

Como referido precedentemente, a *tutela substancial em sentido amplo "lato sensu",* divide-se em *tutela substancial "stricto sensu"*, subdividindo-se esta em duas modalidades paralelas da *tutela direta* e da *tutela indireta*, que se congeminam, se coordenam entre si e se completam para a consecução do mesmo fim a que se propõem, qual seja, a realização do direito daquele que alega ser o seu titular.

A *tutela direta* configura-se individual, voluntariamente e espontânea praticada pelo sujeito obrigado ao cumprimento do dever ou da obrigação, seja este movido pela persuasão comum que reside no âmago de qualquer ser humano como pessoa correta e cumpridora de seus deveres, seja por exortação de princípios jurídicos gerais que militam em prol do cumprimento de relações jurídicas que se expandem por todo o contexto da lei civil.

Assim sendo, verifica-se no campo da *tutela substancial "stricto sensu"*, como a primeira e originária solução para o cumprimento do dever ou da obrigação pelo obrigado, a *tutela substancial direta*, quando o obrigado ou sujeito passivo da relação jurídica material satisfaz o cumprimento do seu dever perante o titular do direito, e o faz voluntária e espontaneamente, seja influenciado por exortação e persuação de *princípios jurídicos*, que vingam na área obrigacional, na do direito de propriedade, na do direito de família e na do direito sucessório, tais como, respectivamente, o da força obrigatória dos contratos expressa no brocardo latino do *"pacta sunt servanda"*; o da cláusula penal (Cód. Civil, art. 410) o do cumprimento do dever de mútua assistência por ambos os cônjuges na relação matrimonial (Cód. Civil, art. 1.566, III); o da obrigação do mutuário de restituir ao mutuante o objeto mutuado, pelo modo e tempo ajustados (Cód. Civil, art. 590); o do respeito que todos os indivíduos e todas as entidades devem observar quanto ao direito do *"dominus"* (Cód. Civil, art. 1.228); o do

cumprimento do dever de mútua assistência por ambos os cônjuges na relação de matrimônio (Cód. Civil, art. 1.566); o da obrigação dos sucessores de pagar as dívidas deixadas pelo "*de cujus*" (Cód. Civil, art. 1.997) etc. Ou, ainda, o obrigado ou sujeito passivo na relação material cumpre o dever ou a prestação ajustados com a outra parte, influenciado por *princípios éticos* que se formam espontânea e naturalmente na consciência do dever cumprido, qualidades pessoais de que, em regra, se comprazem e são constatadas na imensa maioria de seres humanos de correto modo de agir.

Destarte, o cumprimento do dever ou da prestação pelo obrigado por meio da *tutela substancial* direta *"stricto sensu"*, que se perfaz pela ação individual, natural e espontânea do obrigado, a atuação deste há de abranger amplitude capaz de satisfazer quantitava e qualitativamente o resultado do dever ou da prestação originalmente convencionados na relação jurídica material formada entre as partes. E tal abrangência se dá tanto no contexto do direito privado, quanto no do direito público, porquanto as limitações negociais que possam advir no terreno deste último, em decorrência de princípios de ordem pública que não têm influência no caso da *tutela substancial* direta, de vez que esta se realiza pela satisfação de um resultado ou bem jurídico já considerado e originariamente concebido, como se disse, na oportunidade em que tais exigências de ordem pública já foram consideradas e resolvidas. Observe-se ainda que a *tutela substancial* direta, na hipótese de interferência de princípios de ordem pública na relação privada, deve realizar-se exatamente no tempo e pelo modo convencionado ou estipulado na lei, no ato de sua constituição.

Coordenada com a primeira e originária *tutela substancial direta*, atua e convive com esta o outro tipo de tutela substancial, que se consubstancia na segunda forma de *tutela substancial "stricto sensu"*, a *tutela substancial indireta,* que se realiza com o mesmo escopo da tutela substancial direta, apenas com a particularidade especial de que não se opera pelo cumprimento do dever ou da obrigação espontaneamente pelo obrigado.

Em tal hipótese, esta forma de *tutela indireta* opera-se não mais mediante o cumprimento individual e espontâneo do dever ou da prestação pelo obrigado, ajustados na relação jurídica material originariamente ajustada entre os dois sujeitos que a compõem, mas pelos modos de implemento indireto, que se realizam mediante um *novo ajuste* compositivo a ser negociado por meio da confluência de interesses das partes, que resta na dependência também da espontaneidade manifestada pelo obrigado ou sujeito passivo da dita relação jurídica e da conformidade e cooperação do sujeito titular do

direito nessa oportunidade discutido, operando-se tal composição amigável exclusivamente no contexto do direito privado e disponível.

Deste modo, cumpre observar-se que no procedimento da *tutela substancial indireta* o cumprimento do dever ou da obrigação, pelo obrigado, não se dá, como se disse, pela exclusiva iniciativa individual e pessoal deste, mas por outra modalidade de ajuste entre as partes, com participação e cooperação dúcteis do sujeito ativo, ou titular do direito, mediante as figuras do pagamento com sub-rogação convencional (Cód. Civil, art. 347); da dação em pagamento (Cód. Civil, art. 356); da novação Cód. Civil, art. 360); da transação extrajudicial (Cód. Civil, art. 840); da arbitragem (Lei nº 9.307/96) etc.

Assim, essa segunda forma de *tutela substancial "stricto sensu"*, que se produz de modo indireto, como substituta da anteriormente referida, é operada com o objetivo de compor o mesmo desígnio e surtir os mesmos efeitos da *tutela direta*, não pelo cumprimento do dever ou da obrigação "*in natura*", como na *tutela direta*, mas como sua substituta ou equivalente.

E tal atitude compositiva das partes só se torna operavelmente viável e possível no âmbito do direito privado, em que o objeto da relação for disponível, podendo os sujeitos intervenientes inovar outras soluções do ato ou negócio jurídico, no uso pleno de suas manfestações de vontade. À evidência, tal não pode ser factível, também, no complexo da *tutela substancial direta* realizada em relações de direito público, porquanto o influxo de ordem pública sobre a esfera privada já fora necessariamente observado no ato de constituição do negócio.

As *tutelas substanciais "stricto sensu"*, nas suas formas *direta* e *indireta*, por que se operam, a primeira originariamente, mediante a atuação *"in natura"*, individual e espontânea do cumprimento do dever ou da obrigação pelo obrigado e, na falta desta, por qualquer razão, a segunda é operada mediante a conjugação da espontaneidade do obrigado com a colaboração e cooperação dúctil do sujeito titular do direito, realizando-se esta por meio da chamada transação extrajudicial e demais meios desse gênero, de modo que ambas, pelo seu compartilhamento efetivo na tarefa da solução suasória da relação jurídica material, revestem-se da característica da *coordenação* entre si, que lhes advêm do complexo normativo-jurídico em que estão sediadas. E na visão filosófica em que é concebido o fenômeno jurídico, a relação intersubjetiva que nelas se contém, não é encarada somente pelo ângulo da dogmática, que se circunscreve ao exame puro e simples das pretensões e dos interesses contrapostos dos sujeitos e se satisfaz

com uma análise linear e individuada de uma intersubjetividade que ora se projeta no polo ativo, ora no polo passivo, sem transcender a respectiva ordem de coordenação entre ambas.

Na dita visão filosófica, essa relação de coordenação que se transfunde em fenômeno jurídico transcendente às pessoas individuadas nelas intervenientes, no sentido de que as pretensões ou o bem da vida que lhes dá o conteúdo, não pertence exclusiva e individualmente nem ao sujeito ativo, que afirma ser o seu titular, nem exclusivamente ao sujeito passivo, na condição de submisso ao cumprimento do dever a que se atrelou, mas nelas se vislumbra um *nexo intersubjetivo* que atribui *direitos* e *deveres recíprocos* aos dois sujeitos que, compartilhadamente, um deles recebe o reconhecimento e a satisfação do seu direito e, o outro, a determinação do cumprimento do dever.

É preciso ter presente que a abrangência da relação jurídica disputada entre os sujeitos que nela intervêm, não decorre apenas de uma *coordenação subjetiva* entre si, mas de uma *coordenação objetiva* que transcende o *"ego"* e o *"alter"*, envolvendo-os em um nexo comum, que possibilita a ambos manifestações de pretensões e deveres recíprocos, que os coloca diante de uma *bilateralidade objetiva*, que é específica para o fenômeno jurídico, segundo a autorizada doutrina filosófica de Miguel Reale, com fincada tradição no nosso meio jurídico[15].

Este é o panorama em que se encarta a *tutela substancial*, revelador de uma *coordenação recíproca* entre as duas formas de tutela. A *direta*, em que o cumprimento do dever ou da obrigação, pelo obrigado, se dá individualmente por este, por efeito de sua espontaneidade pessoal como sujeito passivo interveniente na relação material e se opera sem a participação do sujeito ativo e titular do direito. Enquanto na *tutela indireta*, o cumprimento do ato ou negócio jurídico resta na dependência de um novo ajuste da relação jurídica originária geralmente proposto pelo sujeito passivo que a pretende alterada para satisfazê-la; para o que, torna-se necessária contar este com a cooperação dúctil do sujeito ativo, titular do direito, como já anteriormente referido, e opera-se essa *coordenação recíproca* entre as duas formas de tutela substancial mediante as figuras, entre outras, do pagamento com sub-rogação convencional, da dação em pa-

15 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. V. II, n. 244, p. 584-585. São Paulo: Edição Saraiva, 1962. Sobre esse mesmo tema já havíamos tratado em artigo intitulado: "A bilateralidade atributiva do direito" (segundo a doutrina de Miguel Reale). In: *Revista Forense*, V. 331, p. 87-96, Editora Forense.

gamento, da novação, da transação extrajudicial, quiçá, também da arbitragem, antes referidas. E, observe-se, tal *coordenação recíproca* entre essas duas modalidades da tutela resulta da bilateralidade e da reciprocidade de direitos e obrigações entre os intervenientes nas relações jurídicas que se encontram caracterizadas no sistema nacional, especificamente na teoria geral dos contratos, segundo a qual nenhum dos contratantes pode exigir a prestação do outro, se não cumpriu a sua, conferindo ao prejudicado a exceção substancial da "*exceptio non adimpleti contractus*".

Há, ainda, uma terceira forma de *tutela substancial "lato sensu"*, que se consubstancia na chamada *autotutela*, por alguns autores, como Niceto Alcará-Zamora y Castillo, a denominam *autodefensa*"[16] e que por outros chamada *"auto-ajuda"*[17], podendo ser aprioristicamente definida como o poder geral de defesa do próprio direito ou de direito alheio juridicamente reconhecido, a fim de mantê-lo inalterado e consolidado nos casos expressamente declarados na lei, em *"numerus clausus"*[18]. É, pois, a *autotutela* uma providência defensiva pré-processual, caracterizadamente unilateral, que o titular do direito subjetivo a exerceu individualmente, por vontade própria e com suas próprias forças, operando-a mediante o exercício da pretensão material no resguardo do seu direito ameaçado de descumprimento ou já descumprido pelo outro interveniente na relação jurídica, movida unilateralmente por determinação pessoal, sem prescindir da cooperação do contra-interessado. Como resulta da própria semântica do vocábulo, a *autotutela* constitui-se pela atuação do próprio titular do direito, com exclusão da participação de qualquer outra pessoa, entidade ou poder[19].

Mas, na antiguidade, o uso da *autotutela* como instrumento de proteção dos direitos subjetivos pode ser considerado uma das primeiras providências concretas adotadas pelas sociedades antigas com tais objetivos. Isso acontecia notadamente em épocas anteriores à organização do Estado, quando essa atuação individual e egoística do sujeito de

---

16 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Processo, Autocomposición y Autodefensa*. p. 35 e segs. Textos Universitários. México: UNAM, 1970.

17 RADBRUCH, Gustavo. *Introducción a la Filosofia del Derecho*. Trad. Espanhola, p. 93. México: UNAM, 1951.

18 DAGNINO, Antônio. *Contributo allo Studio Dell Autotutela Privata*. p. 62-67; 306. Milano: Ed. Giuffrè, 1983.

19 BONGIORNO, Girolano. *L´Autotutela Esecutiva*. p. 3. Milano: Ed. Giuffrè, 1984.

direito se realizava através da *justiça de mão própria* ou justiça privada. Porém, a partir do momento em que se passou a plasmar, no convívio dos povos, a organização da sociedade política e a estabelecer-se uma estrutura funcional do Estado, passou a autotutela a ceder espaço ao processo organizado e dirigido pelo Estado. Verificou-se, então, um processo de involução paulatina da autotutela em relação ao processo organizado, em razão do monopólio da jurisdição que o Estado de direito avoca a si, na atualidade, no tocante à solução dos litígios que se travam entre os membros da *comunidade* e que refogem das soluções contempladas na *tutela substancial "stricto sensu"*.

No que diz com o seu objeto, a *autotutela* atua prevalentemente no campo do direito privado, eis que no âmbito do direito público torna-se difícil a sua operosidade, em face da indisponibilidade do bem jurídico objeto das relações que se travam nesse setor.

Assim, atuando na área privatista, a *autotutela* projeta-se como instrumento extrajudicial, caracterizadamente individual e unilateral, que o sistema jurídico confere ao sujeito de direito, em caráter especial, para a salvaguarda imediata do seu direito, naqueles casos em que, devido à demora ou à complexidade da tutela judicial, não se constitui esta no mais expedito e célere instrumento para oferecer proteção capaz de evitar agressão iminente a bem jurídico de que o sujeito é agente e titular, em determinado momento. Todavia, a atuação deste deve limitar-se estritamente aos atos indispensáveis para implementar a proteção necessária, como prescreve genericamente a nossa lei civil, porque, se tais atos ultrapassarem o indispensável à preservação do direito ameaçado, o agente incorrerá em *abuso de direito*, vedado na ordem civil (C. Civil, art. 187).

Assim, figuram como exemplos típicos de *autotutela*, no âmbito do direito privado brasileiro, entre outros, o desforço possessório previsto no artigo 1.210 e § 1º, da vigente codificação civil de 2002, bem como o exercício de direito de retenção por benfeitorias necessárias e úteis, autorizado no artigo 1.516 da mesma codificação vigente de 2002, em favor do possuidor de boa-fé.

Além da proteção dos direitos próprios dos sujeitos de direito, poderá, ainda no âmbito do direito privado, ser a autotutela utilizada para a proteção de direitos alheios, por quem estiver investido de poder legítimo para defendê-los. Os exemplos mais frutificantes desses direitos residem no poder familiar, que aos pais compete exercer em relação à pessoa e aos bens dos filhos (C. Civil, art. 1.689, incisos I e II), bem como na tutela de menores e na curatela, quando ao tutor e ao curador compete exercer a

direção da pessoa e a administração dos bens de tutelados e curatelados (C. Civil, arts. 1.741 e 1.774). Também podem ser incluídos nessa escala de proteção pela *autotutela* os direitos do nascituro, que à mãe, no caso de falecimento do pai, compete exercer (C. Civil, arts. 2º e 1.779).

Ainda que as hipóteses supra versadas sejam habitualmente catalogadas e sediadas em setores do direito privado, na verdade nelas se contêm interesses de ordem pública, limitativos da manifestação da autonomia de vontade dos sujeitos que os representam, eis que em seus conteúdos estão balizados pela indisponibilidade.

Demais disso, ainda que não constitua objeto deste trabalho, que se situa no contexto da tutela substancial, atuante na área privatista, não é demasia lembrar-se que a *autotutela também atua, com maior largueza, no terreno do direito público, notadamente no direito administrativo, sede em que é definida pelos tratadistas da área como* "o conjunto de normas de direito público que rege a ação *administrativa, dirigida à vigilância dos próprios atos, e manifestada através do poder de polícia"*. Observa Cretella Junior que, mediante a autotutela, o ato administrativo editado e eficaz, ora pode ser desfeito, ora recuperado, nas cinco hipóteses clássicas consubstanciadas na anulação, revogação, ratificação, reforma e conversão[20].

Há que se salientar que, enquanto na área privada a *autotutela* é exceção que só ocorre nas hipóteses admitidas na lei, no âmbito do direito administrativo ela é a regra, constituindo-se em atividade contínua e incessante, como mecanismo de proteção dos atos administrativos e dos bens públicos. Como salientam os administrativistas, a autotutela na administração "erige-se em figura ou princípio típico de direito administrativo, sem símile nos outros ramos da ciência jurídica, a não ser por exceção"[21].

Ainda na esfera do direito público, especificamente na área penal, configura-se como instrumento de *autotutela* do praticante do delito o ato de legítima defesa, definido e delimitado no artigo 25 do Código Penal, setor em que sua ocorrência se torna mais relevante, por referir-se à integridade corporal ou à própria vida humana. Situação paralela verifica-se

---

20 CRETELLA JUNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. n. 53, p. 106-108. Rio de Janeiro: Edição Forense, 1995.

21 Sobre o tema ver: CRETELLA JUNIOR, José. Da autotutela administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*, V. 108, p. 48-49, abril/junho 1972, impressão nos Estabelecimentos Gráficos Borsoi S.A. Rio de Janeiro: Edição Getúlio Vargas, 1972.

também, quando o agente pratica o fato em *estado de necessidad*e, cujos limites encontram-se definidos no artigo 24 da codificação penal.

4 AS VIAS INSTRUMENTAIS DE TUTELA JUDICIAL

Embora o tema deste trabalho doutrinário tenha sido examinado precipuamente no campo do *sistema substancial de tutela*, não se poderá deixar de analisar, ainda que em apertada síntese, como se fez no capítulo 2, supra, a operalidade procedimental da *tutela judicial*. E agora se faz pela razão evidente de que o sistema substancial de tutela, que se realiza pelos canais da *tutela direta* e da *indireta,* mediante o cumprimento espontâneo do dever ou da obrigação, pelo obrigado, na primeira hipótese, ou através da negociação com o titular do direito, na segunda, não esgota a plenitude da proteção necessária aos direitos dos cidadãos no sistema jurídico brasileiro. E assim é, porque é sabido que a sociedade não se compõe inteiramente por seres humanos corretos, responsáveis e cumpridores dos seus deveres, ainda que estes representem a imensa maioria dos cidadãos, todavia, não é ignorada a existência de certo contingente social de indivíduos que, por razões as mais variadas, se omitem ou se esquivam de cumprir seus deveres perante o *"alter"*, caso em que a solução das relações jurídicas, só se torna factível por meio da *tutela judicial*, mediante a atuação coercitiva do Estado-juiz, pela via do processo jurisdicional.

A *tutela judicial*, que se configura *substitutiva, derivada* e *consequencial*, em face da inocorrência dos canais da *tutela substancial*, é classificada pela doutrina tradicional e majoritária em *tutela de cognição* ou de declaração, *tutela de execução* ou de cumprimento de sentença e *tutela cautelar*, subdividindo-se esta, a primeira, nos três tipos clássicos, pertinentes ao processo de cognição, em tutela meramente declaratória, constitutiva e condenatória, havendo processualistas que divergem dessa classificação e a ela acrescentam a *tutela mandamental e a tutela executiva "lato sensu"*.

Quanto à sua amplitude, há que se situar a *tutela judicial* em conformidade com a pretensão (de direito material) formulada no pedido, pelo autor, que se invoca titular do direito descumprido pelo obrigado, como refere a tradicional parêmia *"sententia debet esse conformis libelo"*. Verifica-se, assim, quanto à amplitude da *tutela judicial*, fenômeno paralelo ao que ocorre com a *tutela substancial "stricto sensu"*, cuja abrangência há de bastar qualitativa e quantitativamente o resultado, ou o bem da vida, originalmente convencionado pelas partes ou estipulado na lei, no ato de formação da relação ou situação jurídica tutelada.

REFERÊNCIAS

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Processo, Autoconposicion y Autodefensa*. p. 35 e segs. Textos Universitários. México: UNAM, 1970.

ANTUNES, Luis Felipe Colaço. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo*. p. 55-61. Coimbra: Editora Almedina, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 571-572. São Paulo: Edição Malheiros, 2009.

BONGIORNO, Girolano. *L´Autotula Esecutiva*. p. 3. Milano: Ed. Giuffrè, 1984.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. A função Social das propriedades urbana e rústica. Título VII, Capítulos II e III, artigos 182-191.

CRETELLA JUNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. n. 53, p. 106-108. Rio de Janeiro: Edição Forense, 1995.

_____. Da Autotutela administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 108. p. 48-49. Abril-junho 1972. Rio de Janeiro: Edição da Fundação Getúlio Vargas, Ed. Estabelecimentos Gráficos Borsoi, 1972.

DAGNINO, Antonio. *Contributo allo studio dell´Autotutela Privata*. p. 3-6; 62-67, Milano: Ed. Giuffrè, 1983.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Portuguesa de Antonio José Brandão. p. 353. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1979.

DI MAJO, Adolfo. *La Tutela Civile dei Diritti*. p. 57-58. Milano: Ed. Giuffrè, 1987.

_____. *La Tutela dei Diritti*. p. 4-10. Milano: Ed. Giuffrè, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: *Separata da Revista Forense*. V. 334, p. 25. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

ESPANHA. *Constituição de 1978*. Artigo 33, Edição Oficial.

FARIA, Ernesto (Professor). *Dicionário Escolar Latino-Português*. p. 1.028-1.029, 4. ed. Publicação do Departamento Nacional de Educação do Ministério da Educação, Rio de Janeiro, 1967.

FERRAZ, Ana Cândida; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas*, São Paulo: Edição Saraiva, 1978.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Liberdades Públicas*. p. 45-72. São Paulo: Edição Saraiva, 1978.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Artigo

17º. Incorporada ao preâmbulo da Constituição de 1946 e ratificada pelo Estatuto de 1958.

FRANCO, João Melo; MARTINS, Herlander Antunes. *Conceitos e Princípios Jurídicos*. p. 403. Coimbra: Edição Livraria Almedina, 1983.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. n. 73, p. 142-144. Rio de Janeiro: Edição Forense, 1979.

ITÁLIA. *Constituição de 1958*. Artigo 42, Edição Oficial.

_____. *Codice Civile e Leggi Collegate*. Libro Sesto, Della Tutela dei Diritti. p. 446-491. Bologna: Ed. Zanichelli, 2007.

NORONHA, Carlos Silveira. Liberdades Públicas. Uma breve visão político filosófica. In: *Revista Forense*. V. 328, p. 31-36, outubro--novembro-dezembro de 1994, Rio de Janeiro, Cia. Editora Forense.

NORONHA, Carlos Silveira. A bilateralidade atributiva do direito (segundo a teoria de Miguel Reale). In: *Revista Forense*. V. 331, p. 87-96, julho-agosto-setembro/ 1995, Rio de Janeiro.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. Estado e Eficácia dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Direito da UNISC*. n. 11, p. 52. Santa Cruz do Sul, 1999.

PASSOS, Calmon de. A posição deste autor, contrária à distinção entre "direito" e "interesse" é extensiva aos chamados "interesses transindividuais". Sobre tal distinção CALMON DE PASSOS, ainda se manifesta: "A dualidade de terminologia (interesses no transinvidual; direito, no individual) é de todo desautorizada, apenas traduzindo o remanescente conservador (mesmo inconsciente) dos que ainda não lograram se libertar da estreita cela em que foi aprisionada a noção clássica de direito subjetivo". CALMON DE PASSOS, J. J. In: *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*. p. 10-11. Rio de Janeiro: Edição Forense, 1989.

PELLOUX, Robert. Vrais et Faux de l´Homme – Problèmes de Definition et de Classification. In: *Revue der Science Politique em France et à l´Étranger*. n. I, p. 54 et note 8.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1973*. Tomo I, p. 100. Rio de Janeiro: Edição Forense, 1974.

PORTUGAL. *Constituição de 1976*. Artigo 62, Edição Oficial.

RADRUCH, Gustavo. *Introducción a la Filosofia del Derecho*. Trad. Espanhola, p. 93. México: Ed. UNAM, 1951.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. V. II, n. 244, p. 584-585. São Paulo: Edição Saraiva, 1962.

EFEITOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL
EFFECTS OF MARRIAGE AND STABLE UNION

David Adriano Nota[1]

1. INTRODUÇÃO

O casamento é a união voluntária e singular entre um homem e uma mulher, com o propósito de constituir família, mediante comunhão plena de vida[2]. Ele constitui uma das instituições mais importantes e fundamentais do Direito Privado, em virtude dos fins que se propõe e, sobretudo, pelos efeitos de natureza social, pessoal e patrimonial que dele irradiam[3].

A definição exata do casamento varia historicamente e entre as culturas, mas, na maioria dos países, é uma união voluntária entre um homem e uma mulher com ou sem filhos mediante comunhão de vida e de bens. Na antiguidade o casamento era visto como um acordo comercial entre duas famílias sem que os noivos tivessem muita liberdade de escolher com quem casar.

Esta concepção foi abalada pelo romantismo, que alterou tais pressu-

---

1 Mestrando em Direito pela UFRGS, Porto Alegre, Brasil. Licenciado em Ciências Policiais pela Academia de Ciências Policiais (ACIPOL), Moçambique. Bolsista do CNPq/MCT. Pesquisador do Grupo de Direito Penal Contemporâneo (PROPESQ/ CNPq)/ UFRGS. Oficial da Polícia da República de Moçambique com a patente de Subinspetor da Polícia. E-mail: davidadrianonota@yahoo.com.br ou davidadrianonota@gmail.com. Telefone: +555182324470.

2 Art.7 da Lei n.º 10/2004 de 25 de Agosto, Lei da Família Moçambicana.

3 LORENA, Mesquita Silva. "Casar pra quê?". En: *Contribuciones a las Ciências Sociales*. Julio, 2013. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/25/casamento.html>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

postos dando primazia ao afeto, ou seja, o amor é que legitima o casamento. Até o século XX era comum que o casamento fosse visto como algo indissolúvel embora pudesse ser anulado, não havendo reconhecimento legal do divórcio. Essa ideia é comungada hoje em dia pela igreja católica ao não reconhecer o divórcio nem casamentos civis realizados posteriormente, impedindo, dessa forma, comunhão a quem estiver nesta condição.

Contudo, existem duas formas de casamento reconhecidas legalmente, dentre elas, o casamento civil e o casamento religioso com efeitos civis, como também existe outra forma de união entre duas pessoas sem nenhum impedimento para contrair matrimônio e que vivam em condições análogas às dos cônjuges, numa relação contínua, que é a união estável.

As pessoas que se casam são comumente chamadas de cônjuges sendo identificados por marido e mulher ou esposo e esposa, assim como existem outros mecanismos legais de proteção da família de forma menos restritiva como a União Estável. Depois de reconhecidas essas formas de união entre o homem e a mulher, automaticamente causam efeitos jurídicos.

Juridicamente, a principal consequência do casamento é a situação dos bens passados, presentes e futuros dos cônjuges, que receberão tratamento diferenciado a partir do Regime de Bens adotado pelo casal. Independentemente do regime de bens, o casamento civil também tem impacto na obrigação de apoio e responsabilidades perante filhos e em outras áreas, como a herança, esse último no direito das sucessões.

O presente artigo tem como tema "Efeitos do casamento e da união estável" e foi elaborado numa perspectiva de fazer uma análise sobre os efeitos do casamento e da união estável e ainda verificar as diferenças e semelhanças entre os efeitos desses dois tipos de casamento.

O tema em estudo é de relevante importância no que concerne ao aprimoramento do conhecimento no campo jurídico aos operadores de Direito de Família, possibilitando-os a uma melhor compreensão sobre os efeitos do casamento e da união estável, por meio de uma análise das diferenças e semelhanças entre essa duas formas de uniao entre o homem e a mulher.

O artigo baseou-se numa pesquisa bibliográfica, que consistiu no levantamento e na leitura de diversas obras de caráter científico de diferentes autores que abordam sobre o tema em estudo, tais como: Gomes, 1992; Diniz, 1995; Dias, 2001; Magalhães, 2002; Pereira, 2013. Também foram analisadas leis, legislações e códigos que versam sobre os efeitos do casamento e da união estável (Lei da Família n. 10/2004 de 25 de dezem-

bro; Código brasileiro de Família de 1988; Constituição da República de Moçambique de 2004; Constituição Federal do Brasil de 1988; e, Código Civil de 2002.

O método usado para se chegar às conclusões constantes neste artigo foi o método dedutivo[4]. O levantamento da literatura foi realizado segundo as abras que versam sobre o tema em estudo disponibilizado na disciplina durante o semestre, e outra literatura independente da disciplina em estudo, desde que fundamentasse o tema em questão.

Assim, o artigo está estruturado em cinco capítulos, a saber: o primeiro capítulo é o da introdução, no qual, de uma forma resumida, debruçou-se sobre o tema em estudo, a justificativa da escolha do tema e o objetivo geral que se pretende alcançar. O segundo capítulo fala do casamento e seus efeitos jurídicos; o terceiro debruçou-se sobre igualdade de direitos e deveres do marido e da mulher; o quarto capítulo incide sobre a união estável e seus efeitos. O quinto é o de considerações finais.

2. O CASAMENTO

Há várias definições de casamento que às vezes não se limitam a conceituá-lo (Pereira, 2013, p. 69-74; Gomes, 1992, p. 45-46; e, Dias, 2011, p. 134), pois refletem concepções naturais ou tendências filosóficas, dado que todos os sistemas jurídicos que o regula não são unânimes na sua definição ou caracterização.

No Direito Romano, no século III, o casamento era tido como "[…], nuptiae sunt coniunction maris et feminae, consortium omnis vitae, divin et humani iuris communication[5]", pois, observa-se a comunhão de direito humano divino. Com o tempo, a concepção de divindade desfez-se, desaparecendo a referência à subsistência do vínculo matrimonial por toda a vida dos cônjugues, na mesma altura que nascia a invocação dos costumes. Assim, foi construída a segunda definição de casamento romano, consagrada nas instituições do Justiniano e depois adotado pelo direito canônico: "[…] nupitiae autem sive matrimoninum est viri et mulieris coniunc-

4 Método dedutivo consiste na modalidade de um raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinadas premissas (GIL, António Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994).

5 DIGESTO *apud* PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. V. V. Direito de Família. p. 69. 21. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

6 Idem, p. 69.

tion individuam vitae consuetudinem continens.[6]" O que dominava-se, na concepção romana, de matrimônio, era mais a ideia da relação jurídica do que a de celebração, e defendia-se que o casamento se efetua com a manifestação da vontade dos nubentes.

Já no direto Brasileiro, o casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da estreita comunhão de vida.[7] A mesma ideia é comungada por Gomes (1992), quando considera que o casamento é um vínculo jurídico entre um homem e uma mulher com a finalidade de constituir família legítima mediante comunhão plena de vida.

Durante muitos séculos, o casamento era considerado instituição de natureza da religião da Igreja Católica, e até os meados do século XVIII, a única forma de casamento era a religiosa, sendo assim, os não católicos não tinham o direito ao casamento; nessa época o casamento era indissolúvel. O casamento civil no Brasil só surgiu em 1891. A resistência do Estado em admitir outros relacionamentos era de tal ordem, que a única possibilidade de romper um casamento era com o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia outro casamento[8]. Até hoje em dia a igreja católica não reconhece o divórcio nem casamentos civis realizados posteriormente, impedindo, dessa forma, comunhão a quem estiver nesta condição, pois a igreja entende que o casamento deve ser uma união duradoura e indissolúvel, enraizada na união plena de vida, na fidelidade e na assistência mútua, porque ela acredita que o casamento é fruto de Deus e o que Deus uniu ninguém pode dissolver.

Com a entrada em vigor da lei do divórcio, a visão do casamento permaneceu, mas o desquite transformou-se em separação, passando a existir duas formas de se romper o casamento: a separação e o divórcio. Na tentativa de evitar a dissolução da família, era exigido que o casamento durasse um longo tempo, ou a identificação de um culpado entre os cônjugues para a separação, o qual, o culpado, não podia intentar a ação para dar fim ao casamento[9].

Atualmente, o casamento é fundado no princípio de livre união, ou seja,

---

7 LAFAYETTTE *apud* PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. V. V. Direito de Família. 21. ed. p. 69. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

8 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

9 Idem.

o casamento é livre e resulta do consentimento dos nubentes, da mesma forma que um deles querendo rompê-lo é livre de o fazer, se certos fatos justificarem, ficando extinta a ideia de indissolubilidade do casamento. E também não é permitida a bigamia[10], quer dizer, a quem é casado não é permitido contrair segundo casamento antes de dissolver o primeiro.

Se um dos cônjugues formalizar outro relacionamento antes de se dissolver o anterior, o segundo relacionamento passa a ser concubinato[11], pois, eles estão impedidos por lei de contrair outro matrimônio antes da dissolução do primeiro matrimônio.

2.1 Modalidades do casamento

Em Moçambique, o casamento pode ser civil, religioso ou tradicional, sendo que ao casamento religioso e tradicional são reconhecidos valor e eficácia igual à do casamento civil, isto quando tenham sido observados os requisitos que a lei estabelece para o casamento civil (Art. 16, n. 1 e 2 da Lei n. 10/2004 de 25 de agosto, lei de família). Em contrapartida, no Brasil são admitidas duas formas de celebração do casamento[12]: o casamento civil[13] e o religioso com efeitos civis[14], quando tenham sidos seguidos todos os requisitos que a lei observa para o casamento civil.

Para que o casamento religioso tenha validade, esta estará condicionada a registro no cartório, sendo que esse registro pode acontecer antes ou depois do ato de celebração. A busca dos efeitos civis ao casamento religioso é admitida a qualquer tempo, feita a habilitação e o registro no cartório civil; ainda que tardios, os efeitos civis aplicam-se retroativamente desde a data da consagração do casamento religioso[15]. No caso de prévia habilitação, o prazo para o registro é de 90 dias, mas, ainda depois desse prazo, é possível o registro, desde que efetuada nova habilitação. Realizado o casamento religioso sem as formalidades legais, poderá ser inscrito no cartório, bastando que se proceda a devida habilitação perante a autoridade competente[16].

---

10 Art. 235 do C. P. Art. – Decreto Lei 2848/40, diz que se considera concubinato quando alguém, sendo casado, contrai outro casamento.

11 De acordo com o art. 1.726 do Código Civil, constitui concubinato a relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar.

12 Art. 226, incisos 1º e 2º da Constituição Federal de 1988.

13 Art. 1.512 do Código Civil de 2002.

14 Art. 1.515 e 1.516 do Código Civil de 2002.

15 Art. 1516, inciso 3, do Código Civil de 2002.

16 Art. 1516 do Código Civil de 2002.

Contudo, o casamento religioso é suscetível de anulação, mas deve-se observar os preceitos da lei civil. Anulado o ato religioso, isso não afeta a validade do casamento civil, se ocorrido o respectivo registro pelo cartório[17]. Portanto, entre a celebração do casamento religioso e o registro, se um dos cônjugues tenha contraído outro casamento civil, e que não tenha sido absorvido, haverá impedimento para efetuar-se o registro[18].

A celebração do casamento religioso deve ser efetuada em rito que não seja contrário à ordem pública ou a bons hábitos e costumes da convivência social, considerando-se legalmente idôneas as confissões religiosas que permitam o controle da autoridade civil sobre o concurso das condições de validade e de regularidade do matrimônio[19]. Deixa de se admitir, aos casamentos celebrados por qualquer religião, que se afaste dos princípios estruturantes e de boa convivência da sociedade, por exemplo, uma religião que admite a poligamia e celebra múltiplos casamentos de uma mesma pessoa[20].

Quanto ao casamento civil, esse é realizado perante o cartório do registro civil, na presença dos contraentes, ou de um deles e o procurador do outro; de, no mínimo, duas testemunhas[21].

3. EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO (CIVIL E RELIGIOSO COM EFEITOS CIVIS)

Pelo casamento, os cônjuges se pertencem um ao outro, isso quer dizer que, entre eles, se estabelece um vínculo mais forte do que a de consanguinidade. Através dele, nascem os deveres e direitos próprios e recíprocos dos consortes que na doutrina e na legislação constituem os efeitos do casamento[22].

Os efeitos do casamento não se limitam à vida conjugal, pois através do casamento legitima-se o filho concebido, ou havido, antes da sua reali-

---

17 DIAS, Maria. *Manual de Direito das Famílias.* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

18 Art. 1516, inciso 3, do Código Civil de 2002.

19 GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. 4ª triagem. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

20 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

21 Art. 47 da Lei n.º 10/2004 de 25 de agosto, de família moçambicana.

22 GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. 4ª triagem. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

zação; estabelece-se o vínculo de afinidade entre os cônjuges e os parentes do outro; emancipa-se o cônjuge de menor idade, atribuindo-lhe a plena capacidade, como se houvesse atingido a maioridade; confere-se eventual direito hereditário ao cônjuge sobrevivente além de algumas prerrogativas na sua sucessão aberta; asseguram-se vantagens de ordem patrimonial compreendidas na legislação de assistência a previdências sociais[23]. Observados esses critérios, todos os efeitos se reduzem a um só: a criação de uma família legítima e a procriação.

Esses efeitos do casamento são consequências que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres próprios e recíprocos, disciplinados por normas jurídicas[24]. Nesse sentido, o casamento, seja ele civil ou religioso com efeitos civis, por ser um contrato especial de Direito de Família na qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante instituição de direitos e deveres[25].

Os outros efeitos que vamos tratar a seguir são simples consequências lógicas do casamento. Partindo de tais pressupostos, o casamento pode ter três efeitos jurídicos conforme se tenha em vista a projeção do matrimônio no âmbito social, nas relações sociais dos nubentes ou nos interesses econômicos que o próprio casamento desperta: efeitos sociais, pessoais e patrimoniais.

3.1 Efeitos pessoais do casamento

Esses efeitos se consistem na fidelidade recíproca entre ambos os cônjuges, ter uma vida em comum e um domicílio conjugal, mútua assistência, velar pelos filhos na guarda, educação e sustento dos mesmos, também no respeito e consideração mútua entre os cônjuges[26]. A fidelidade recíproca tem como objetivo condicionar e moralizar o comportamento do casal, garantir a estabilidade e a estrutura da entidade familiar; A mútua assistência compreende a obrigação alimentar, material, moral e afetiva entre as partes; o sustento, a

---

23 Idem.

24 IDELI R., Di Tizio. *Casamento nuncupativo e sua eficácia.* Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/view/12002726/casamento-nuncupativo-e-sua-eficacia>. Acesso em: 14 de julho de 2013.

25 GAGLIANO, Pablo Stilze *et all*. *Novo curso de Direito Civil.* Direito de Família, as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. p.119. São Paulo: Saraiva, 2013.

26 Art. 1.566, Código Civil de 2002.

guarda e a educação dos filhos compreende a educação e a obrigação de ambos os cônjuges com relação aos filhos. Contudo, nos efeitos pessoais de casamento, respeito e consideração mútua, reforçam os direitos e as obrigações entre os cônjuges, articulando, principalmente, da fidelidade e do respeito que os cônjuges devem ter um para com o outro.

Ainda no que se refere aos efeitos pessoais, com o ato do casamento nascem, automaticamente, para os consortes, situações jurídicas que impõem direitos e deveres recíprocos, reclamados pela ordem pública e pelo interesse social, e que não se medem em valores pecuniários tais como: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal e mútua assistência. O dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família legítima; a coabitação é o estado de pessoas de sexo diferente que vivem juntas na mesma casa, convivendo sexualmente[27].

Também constituem efeitos pessoais do casamento a aquisição de outra nacionalidade de uns dos cônjuges por casamento. À luz da CRM (Constituição da República de Moçambique) no seu art. 26, n. 1, alínea a e b e, n. 2, que diz: adquire a nacionalidade moçambicana o estrangeiro ou a estrangeira que tenha contraído casamento com um moçambicano ou uma moçambicana há pelo menos cinco anos, salvo nos casos de apátrida, desde que declare querer adquirir a nacionalidade moçambicana e preencha os requisitos e ofereça as garantias fixadas por lei. E também a declaração de nulidade ou a dissolução do casamento não prejudica a nacionalidade adquirida pelo cônjuge. Considera-se essa cláusula como efeito pessoal do casamento por beneficiar pura e exclusivamente o cônjuge que adquire a nacionalidade por casamento.

3.2 Efeitos sociais do casamento

Dada a sua maior relevância, o casamento gera consequências que alcança toda a sociedade onde os nubentes estejam inseridos. Todavia, temos a destacar que a constituição da família e a procriação é o primeiro e o grande efeito do casamento dado que a família é a base da sociedade[28]. Pelo casamento se constitui a família legí-

---

27 IDELI R., Di Tizio. *Casamento nuncupativo e sua eficácia*. Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/view/12002726/casamento-nuncupativo-e-sua-eficacia>. Acesso em: 14 de julho de 2014.

28 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituicoes do Direito Civil*. V. V. Direito de Família. 21. ed. p. 69. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

tima, base da sociedade, e o homem e a mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos cargos da família; também há uma imposição de deveres aos cônjuges a partir da celebração e a imediata vigência do regime de bens.[29]

Também constituem efeitos sociais do casamento o acréscimo dos sobrenomes do outro; a criação da família legítima, considerada como o primeiro e principal efeito matrimonial; a emancipação do cônjuge menor de idade, tornando-o plenamente capaz, como se houvesse atingido a maioridade e estabelece; o casamento estabelece o vínculo de afinidade entre cada consorte e os parentes do outro; confere aos cônjuges um estatuto, o estado de casado, fator de identificação na sociedade.

A relação matrimonial impõe a mútua convivência, a reciprocidade de interesses na organização da vida e na obrigação de atitudes ou condutas individuais. No casamento, os direitos e deveres devem ser iguais e, ainda, devem disciplinar a vida em comum[30]. Tomando e considerando que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, o principal objetivo do casamento é a formação da família e a procriação, de modo à criação da sociedade[31]. Do casamento nasce o *status* do casado[32], condição em que os cônjuges passam a ser conhecidos na sociedade, onde, inclusive, tal como foi referido antes, um dos cônjuges pode acrescer o seu nome no do outro. O planejamento familiar é de livre decisão do casal, devendo o Estado facilitar e propiciar condições para o exercício desse direito.

3.3 Efeitos patrimoniais

São os relacionados economicamente ao regime matrimonial de bens. O regime de bens está contemplado em 4 (quatro) partes: O regime da comunhão parcial[33], o regime da

29 Art. 1.565 a 1.566, Códigos Civis de 2002.

30 RIZZARD, Arnaldo. *Direito de Família*. p. 227. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

31 Art. 226 do Código de Família de 1988.

32 BAHENA, Marco; LA SCOSK, Rosangela. *Manual de Direito de Família*. Novo Código Civil comentado artigo por artigo. p. 65. São Paulo: Editora Cronus, 2009.

33 Art.1.658 a 1.666 do Código Civil de 2002.

comunhão universal[34], o regime de participação final dos aquestos[35] e o regime de separação de bens[36].

No regime de comunhão parcial formam-se três cervos diferentes de bens: os bens da mulher, os bens do marido e os bens comuns[37]. Com as núpcias comunicam-se a massa dos bens comuns, dela ficando excluídos quando findo o casamento. São excluídos da comunicabilidade os bens que cada cônjuge já possuía ao casar e os que sobrevierem na sequência do matrimônio por doação, sucessão ou sub-rogados.

No regime de comunhão universal importa a comunicação entre os cônjuges e todos os seus bens presentes e futuros, e suas dívidas passivas, salvo os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade. As exceções dos bens mencionados não se estendem aos frutos, quando se percebam ou avançam durante o casamento.

Arnaldo Rizzardo explica que ocorre uma fusão entre os bens trazidos para o casamento pela mulher e pelo homem, formando uma única massa[38]. Esse regime caracteriza-se pela integração total do patrimônio particular de cada cônjuge com o comum, constituindo um acervo único em que ambos são titulares de metades ideais. Desta forma, é indiferente a origem dos valores de aquisição, particular ou não, dos móveis ou imóveis, dado que, enquanto os cônjuges forem casados, os bens fazem parte do casal[39]. Se na data do matrimônio, o marido já herdara bens, ainda que não partilhados, a mulher tem direito à meação, qualquer que tenha sido a duração do casamento.

No regime de participação final dos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio durante o casamento, tocando-lhe, por ocasião da dissolução

---

34 Art. 1.667 a 1.671 do Código Civil de 2002.

35 Art.1.672 a 1.686 do Código Civil de 2002.

36 Art.1.687 a 1.688 do Código Civil de 2002.

37 DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

38 RIZZARD, Arnaldo. *Direito de Família*. p. 227. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

39 Art. 1.667 do Código Civil de 2002.

da sociedade conjugal, direito a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. Trata-se de um regime misto, pois no curso do casamento aplicam-se, em síntese, as regras de separação. Trata-se, em realidade, de um regime de separação de bens, no qual cada consorte tem a livre e independência administração do seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor quando for bem móvel e necessitando da autorga dos cônjuges se for um bem imóvel. Apenas na hipótese de ocorrer a separação judicial é que serão apurados os bens de cada cônjuge, separando e tocando a cada um deles a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento[40].

O regime de separação de bens, representa, em efeito, a ausência de um regime patrimonial, caracterizado justamente pela existência de patrimônio separado.[41]

Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos conjugues, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real[42].

Nesse regime, os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção do rendimento de trabalho de cada um e dos seus bens, salvo contrário no acordo.

De salientar que um dos efeitos do casamento, não menos importante que devemos analisar é a aquisição da nacionalidade de um estrangeiro por casamento. À luz da CRM, nas suas alíneas a e b, n. 1, do art. 26 adquire a nacionalidade moçambicana o estrangeiro ou a estrangeira que tenha contraído casamento com o moçambicano ou a moçambicana há pelo menos cinco anos, salvo nos casos de apátrida, desde que, cumulativamente: a) declare querer adquirir a nacionalidade moçambicana; b) preencha os requisitos e ofereça as garantias fixadas por lei. O art. 2 do mesmo dispositivo legal diz que a declaração de nulidade ou a dissolução do casamento não prejudica a nacionalidade adquirida pelo cônjuge.

Em suma, os efeitos jurídicos do casamento advêm do contrato conjugal entre os cônjuges e esse contrato consiste em fidelidade recíproca; assistência mútua; o sustento, guarda e cuidado dos filhos; construção e cuidado dos bens comuns da família adquiridos antes e na constância

---

40 DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

41 Idem.

42 Art. 1687 do Código Civil de 2002.

do casamento, desta forma, a quebra desse contrato por um dos cônjuges não pode acarretar indenização pelos danos causados a outra parte. O entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quanto a esse posicionamento, é o seguinte:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO DIRETO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR REJEITADA. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. Cabe ao julgador apreciar, com base no artigo130, lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, quais as provas necessárias para a instrução do feito, sendo-lhe facultado o indeferimento daquelas que entenda inúteis ou então protelatórias. INFIDELIDADE. DANO MORAL. DESCABIMENTO. A apelante pretende a condenação do apelado ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da conduta ilícita do apelado: infidelidade, isto é, relação extraconjugal do apelado com a mãe e tia da apelante. Esta Corte entende que a quebra de um dos deveres inerentes ao casamento, a fidelidade, não gera o dever de indenizar. Além disso, não evidenciada a ocorrência dos alegados danos morais, porque os fatos delituosos de infidelidade não são recentes, nem são a causa direta do divórcio movido pelo apelado. A apelante somente veio alegar os danos decorrentes da infidelidade do apelado, em reconvenção, na ação de divórcio direto ajuizada pelo apelado, quando já está separada de fato do apelado há mais de três anos e já convivendo com outro companheiro. Preliminar rejeitada, e agravo retido e recurso de apelação desprovida. (Apelação Cível nº 70023479264, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel, julgada em 16/07/2008)[43].

A fidelidade no domínio de uma relação conjugal, qualquer que seja a sua natureza, deve ser recíproca, mutuamente acordada e acedida. Implica necessariamente mútua confiança, adotada e considerada como a base da estabilidade relacional. Contudo, a fidelidade conjugal não deve se cingir apenas na sexualidade, na inexistência de traição, mas também na transparência do cumprimento dos deveres da família, no tocante a respeito mútuo, no cuidado comum dos filhos e na administração transparente dos bens do casal.

---

43 Apelação Cível nº 70023479264, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel, julgada em 16/07/2008. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20893160/agravo-agv-70045439494-rs-tjrs/inteiro-teor-20893161>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

4. UNIÃO ESTÁVEL E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

A união estável é a união de duas pessoas que, não sendo casadas entre si ou com outrem, ou não tendo nenhum impedimento para contrair matrimônio, vivam em condições análogas às dos cônjuges, numa relação contínua, duradoura e pública[44].

A constituição de uma entidade familiar por união estável não depende de qualquer ato solene, bastando para tal a vontade das partes de constituir família, viverem de baixo do mesmo teto e gerar filhos, ao contrário do casamento civil que para a sua celebração deve cumprir a lei e dos atos solenes que envolvem a sua celebração, sob pena de não surtir efeitos e ser anulável[45].

Outra forma de constituição da união estável é por contrato escrito, no qual os conviventes celebram um contrato do regime de bens que melhor lhes convém[46].

O contrato escrito vai ajudar na separação dos bens do casal em caso da dissolução da união ou morte de uma das partes, e também permite como prova da união estável a prova testemunhal. Na união estável, o casal pode escolher livremente o regime de bens que lhes apetecer, pois a lei não cria nenhuma restrição quanto à adoção do regime de bens, ao contrário do que acontece no casamento civil, no qual os maiores de sessenta anos são obrigados a adotar o regime de separação de bens.

Para o reconhecimento da união estável é necessário haver alguns requisitos que estão previstos no art. 1723 do C. C.:

> É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na união pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família[47].

Além desses requisitos é necessário que não existam impedimentos matrimoniais entre os conviventes, caso contrário estaria havendo concubinato impróprio[48].

O regime de bens da união estável segue a mesma orientação do ca-

---

44 C. F. de 1988, art. 226, parágrafo 3º.

45 MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

46 MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

47 Art. 1.723 do Código Civil de 2002.

48 Artigo 1.727 do Código Civil de 2002.

samento, prevalecendo a comunhão parcial de bens de acordo com o artigo 1725 do C.C., pois qualquer outro regime poderá ser adotado na união estável desde que se dê por contrato escrito.

Assim como no casamento, a união estável está passível de direitos e obrigações entre os companheiros, pois se configura como entidade familiar, sendo, portanto, legal o direito a alimentos: quando ocorre a dissolução da união estável, a Lei 8.971/94 de 29 de Dezembro de 1994, art. 1° garante alimentos à companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo que com ele viva há mais de cinco anos ou dele tenha prole, que necessite, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade; direito a herança: o benefício da herança está previsto no art. 2° da referida lei citada acima, sendo concedida na totalidade ao companheiro quando o de cujo não possuir descendentes ou ascendentes; consolidação do regime da comunhão parcial de bens: conforme prevê o artigo 1.725 do Código Civil de 2002, os bens adquiridos, a título oneroso, na constância da união estável pertencem a ambos os companheiros, exceto os sub-rogados no lugar dos preexistentes, salvo contrato escrito em contrário. Tornando-se assim as regras patrimoniais dos institutos da união estável e do casamento ainda mais semelhantes; beneficiário de seguro de vida: pode considerar convivente como beneficiário de seguro de vida, conforme estabelecido no art. 793 do Código Civil e Inclusão em plano de saúde: admite-se incluir o companheiro em plano de saúde[49].

4.1 Efeitos da união estável

Os efeitos da união estável seguem a mesma orientação do casamento civil e do casamento religioso com efeitos civis, pois o fim último da união estável é constituir família, gerar filhos e ter uma convivência harmoniosa dentro da família constituída e na própria sociedade. Assim como no casamento civil e religioso, os efeitos da união estável estão divididos em três categorias: efeitos sociais, pessoais e patrimoniais.

Os efeitos sociais e pessoais da união estável são os mesmos efeitos constantes do casamento civil e reli-

49 COSTA, Monaliza. *União Estável e seus efeitos jurídicos.* Abril de 2011. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/154-uniao-estavel-e-seus-efeitos-juridicos.html>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

gioso com efeitos civis, tais como, a constituição da família legítima, base da sociedade, o homem e a mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos cargos da família, pela educação e pelo desenvolvimento dos filhos do casal e dos filhos de fora do casamento; deve existir a fidelidade mútua. O planejamento familiar é de livre decisão do casal, tocando ao Estado proporcionar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. A relação matrimonial impõe a mútua convivência, a reciprocidade de interesses na organização da vida e na obrigação de atitudes ou condutas individuais; os direitos e deveres devem ser iguais e ainda devem disciplinar a vida em comum.

Nesse sentido, iremos desenvolver com maior detalhe os efeitos patrimoniais da união estável, dado que são os que merecem maior realce por serem diferentes do casamento civil e do casamento religioso com efeito civil.

Qualquer outro regime de bens poderá ser adotado na união estável, desde que ocorram pela forma de contrato, de acordo com o art. 1.725 do Código Civil, diferentemente no casamento civil que obrigar os maiores de 70 anos a adotarem o regime de separação de bens, ou seja, os idosos com 70 anos ou mais são presumidos mentecaptos civis, enquanto para o caso da união estável eles continuam no pleno gozo das suas capacidades mentais e de livre escolha do regime de separação de bens que lhes convém.

Para os efeitos patrimoniais da união estável, para que seja efetivada, será necessário um contrato entre as partes ou mesmo a presença de, no mínimo, duas testemunhas para que, em caso da morte de um dos companheiros, o outro consiga gozar os seus direitos. Esse é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJ-RS:

> […] No Recurso Especial 646.259, o ministro Luis Felipe Salomão, relator do recurso, entendeu que, para a união estável, à semelhança do que ocorre com o casamento, é obrigatório o regime de separação de bens de companheiro com idade superior a 60 anos. O recurso foi julgado em 2010, meses antes da alteração da redação do dispositivo que aumentou para setenta 70 o limite de idade dos cônjuges para ser estabelecido o regime de separação obrigatória. Com a morte do companheiro, que iniciou a união estável quando já contava com 64 anos, sua companheira pediu, em juízo, a meação dos bens. O juízo de primeiro grau afirmou que o regime aplicável no caso é o da separação obrigatória de bens e concedeu a ela apenas a partilha dos bens adquiridos durante a união estável, mediante comprovação do esforço comum. A companheira interpôs, então, recurso no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O TJ-RS reformou a decisão do primeiro grau e deu provimento ao

> recurso. Afirmou que não se aplica à união estável o regime da separação obrigatória de bens previsto no artigo 258, parágrafo único, inciso II, do código de 1916. "Descabe a aplicação analógica de normas restritivas de direitos ou excepcionastes. E, ainda que se entendesse aplicável ao caso o regime da separação legal de bens, forçosa seria a aplicação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF), que igualmente contempla a presunção do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado na constância da união". O espólio do companheiro apresentou recurso especial no STJ alegando ofensa ao artigo mencionado do código de 1916 e argumentou que se aplicaria às uniões estáveis o regime obrigatório de separação de bens, quando um dos conviventes fosse sexagenário, como no caso […].[50]

Da relação da união estável surgem problemas de natureza jurídica, que precisam ser resolvidos, principalmente aqueles relacionados com a questão patrimonial. Porque normalmente é o homem que exerce atividades remuneradas ou lucrativas, e o patrimônio construído no decurso da união estável muitas vezes fica registrado em nome do homem apesar do esforço ser comum. Com o término da relação, seja por qualquer causa, a mulher fica numa situação de desvantagem, pois acaba não sendo a herdeira do patrimônio apesar de adquirido com esforça comum.

4.2 Igualdade de direitos e deveres do marido e da mulher

Do casamento decorrem certos direitos e deveres, pois os cônjuges são os titulares deles em virtude da lei, e devem exercê-los conjuntamente. O exercício desses direitos e deveres pertence, igualmente, a ambos[51].

Por isso, o Código Civil, art. 1.567, ao conferir o exercício da direção da sociedade conjugal a ambos, não colocando qualquer dos cônjuges em posição inferior ou superior, nesse contexto, a lei teve a preocupação de harmonizar o interesse comum da família, pois, o mesmo artigo acrescenta que a função de dirigir a sociedade conjugal deve ser exercida, em colaboração pelo marido e pela mulher, no interesse comum do casal e dos filhos, procurando atingir o bem-estar de toda a família[52].

---

50 Revista *Consultor Jurídico*, 21 de julho de 2013, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-21/direitos-separacao-obrigatoria-bens-estendem-uniao-estavel>. Acesso em: 15/07/2014.

51 Art. 226, 5 C. F. de 1988.

52 MARIA Helena Diniz. *Código Civil Anotado*. p. 244. São Paulo: Saraiva, 1995.

Havendo divergência entre ambos, a qualquer dos cônjuges é ressalvado o direito de recorrer ao juiz, desde que se trate de assunto voltado ao interesse do casal e dos filhos.[53]

Desta forma, podemos dizer que fica extinta a ideia de chefe de família, que coloca a mulher em posição inferior a do homem, pois a mulher passa a ter direitos e deveres iguais aos do homem, sendo companheira, consorte e colaboradora[54].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo não é um trabalho acabado e nem teve a pretensão de esgotar o tema, mas sim estimular os operadores de Direito de Família para novas pesquisas relacionadas com o tema em estudo.

Em tempos remotos, os seres humanos sempre tiveram a necessidade de se unir para formar família com o intuito principal de gerar filhos. Nessa altura, o casamento era visto como uma união corporal de duas pessoas de sexo diferentes, com a finalidade de oficializar a relação sexual e gerar filhos. A escolha dos noivos para o casamento era de competência dos familiares das nubentes, dado que o casamento era visto como um negócio familiar, em que os noivos não tinham muita intervenção na escolha do companheiro ou da companheira.

Atualmente, o casamento é considerado como sendo uma união que depende do consentimento livre e voluntário dos contraentes (homem e mulher) com a finalidade principal de constituir família e gerar filhos, esse é o primeiro e principal efeito do casamento. As pessoas que se casam são tratadas de cônjuges, sendo identificados por esposo e esposa. Assim como existem outras formas de constituição da família de forma menos rigorosa com a mesma finalidade de constituir família e procriar, a União Estável.

Consumado o ato matrimonial, seja ele civil ou religioso com efeito civil, surgem efeitos jurídicos conforme se tenha em vista a projeção do matrimônio no âmbito social, nas relações pessoais dos nubentes ou nos interesses patrimoniais que o próprio casamento desperta. Esses efeitos podem ser: sociais, pessoais e patrimoniais.

Os efeitos sociais do casamento são aqueles relacionados com a posição que os casados alcançam na sociedade onde estejam inseridos. Pelo casamento se constitui a família legítima, base da sociedade, o homem e a mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e

---

53 Art. 1.567, parágrafo único do Código Civil de 2002.

54 Ibidem.

responsáveis pelos cargos da família.

Os efeitos pessoais estão relacionados com a fidelidade de ambos cônjuges, de modo a condicionar e moralizar o comportamento do casal e a boa convivência, garantindo, desta forma, a estabilidade e a estrutura da entidade familiar. Os efeitos pessoais também têm a ver com a obrigação das partes em garantir alimentação, a moral e o afeto ao outro; compreende a educação e a obrigação de ambos os cônjuges no cuidado com os filhos.

Os efeitos patrimoniais do casamento são os que estão relacionados economicamente ao regime matrimonial de bens. Nesse efeito, os nubentes antes de celebrarem o casamento podem estipular, quanto ao seu patrimônio, o que lhes convêm. Depois de escolher o regime e celebrado o matrimônio começam a vigorar, desde a data do casamento, os efeitos patrimoniais.

Esses efeitos acima arrolados podem ser positivos ou negativos: os efeitos positivos são aqueles que com a celebração do casamento se constitui a família legitima, a base da sociedade e os nubentes adquirem um grau privilegiado na sociedade. Os efeitos negativos do casamento estão relacionados com o divórcio ou a dissolução do casamento, pois, a condição necessária para que haja divórcio ou dissolução de uma relação é o casamento ou a união estável.

Esses efeitos do casamento acima referidos devem ser recíprocos em ambas as partes (homem e mulher) e isso faz com que não haja grau de superioridade entre ele, pois, havendo divergência entre ambos, a qualquer dos cônjuges é ressalvado o direito de recorrer ao juiz para a reivindicação dos seus direitos, desde que se trate de assunto do interesse do casal ou filhos.

Alguns efeitos do casamento, como a fidelidade mútua; o uso do sobrenome do outro cônjuge; o estado civil dos cônjuges e a necessidade de coabitar na mesma casa, são extintos após o divórcio ou a dissolução do casamento, mas o sustento, a guarda e a educação dos filhos continua sendo a obrigação de ambos os cônjuges mesmo depois do divórcio ou da dissolução do casamento ou da união estável, e só pode cessar quando o(s) filho(s) atinge(m) a maioridade ou quando é(são) emancipado(s) e tiver(em) condição de autosustento.

REFÊRENCIAS

ALMEIDA, Filipe Cunha de. A influência do Direito Canônico no Direito de Família brasileiro. In: NORONHA, Carlos Silveira. *As*

novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002. Porto Alegre: Sulina, 2013.

BAHENA, Marco; LASCOSK, Rosangela. *Manual de Direito de Família. Novo código civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Cronus, 2009.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. 6. ed. Câmara dos deputados. Brasília: Edições Câmera, 2012.

_____. l. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Editora Tecnoprint S.A., 1988.

COSTA, Monaliza. *União Estável e seus efeitos jurídicos*. Abril de 2011. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/154-uniao-estavel-e-seus-efeitos-juridicos.html>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotada.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.* 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stilze *et all*. *Novo curso de Direito Civil***.** V. 6. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAEFF, Fernando René. União estável: aspectos controvertidos no Direito de Família. In: NORONHA, Carlos Silveira. *As novas posturas jurídicas em prol da família a partir da codificação civil de 2002.* Porto Alegre: Sulina, 2013.

GODOY, Cláudio Luís Bueno de. *et all*. *Código Civil Comentado.* 1. ed. São Paulo: 2007.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. 4ª triagem. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

IDELI R, Di Tizio. *Casamento nuncupativo e sua eficácia.* Disponível em: <https://www.yumpu.com/pt/document/view/12002726/casamento-nuncupativo-e-sua-eficacia>. Acesso em: 14 de Julho de 2014.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MOÇAMBIQUE. *Constituição da República de Moçambique.* Maputo: Imprensa Nacional de Moçambique, 2004.

_____. Lei da Família. Lei n. 10/2004 de 25 de agosto, Moçambicana, 2004.

GIL, António Carlos. *Métodos e tecnicas de pesquisa social*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

LOBO, Paulo Luís Neto. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LORENA, Mesquita Silva. "Casar pra quê?". En: *Contribuciones a las Ciências Sociales*. Júlio 2013. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/25/casamento.html>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. V. V. Direito de Família. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

Revista *Consultor Jurídico*, 21 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-21/direitos-separacao-obrigatoria--bens-estendem-uniao-estavel>. Acesso em: 15 de Julho de 2014.

RIZZARD, Arnaldo, *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LINHAS GERAIS SOBRE DIREITO SUCESSÓRIO NA ANTIGUIDADE: DO EGITO AO DIREITO ROMANO

Débora Cristina Holenbach Grivot[1]

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo discorrer a respeito do direito sucessório na Antiguidade. A ideia que se propõe afasta-se inteiramente da completude, tanto de argumentos como de fontes. O que se pretende é um sumário apontamento sobre as mais remotas formas de atribuir titularidade de bens a partir da morte do proprietário, verificando como, em linhas gerais, isso se deu nas civilizações mais antigas.

A abordagem é simples, pelo método de sinalização de características elementares da civilização e do direito que nela existe para então demonstrar as linhas gerais do direito sucessório do povo que se está observando. Neste procedimento, a primeira civilização que se analisa é a do antigo Egito. Em seguida, como demonstração da cultura mesopotâmica, analisa-se o direito da Babilônia, máxime o Código de Hamurabi. Logo em seguida, se observa o direito hebreu como forma de finalizar os povos do Oriente Próximo para, então, ser objeto de consideração, as linhas gerais do direito na Grécia Antiga. Por fim, o direito Romano. Este, pela sua grandiosidade, foi observado em sentido sumário e restritivo, com o único propósito de apontar a existência das mais ordinárias regras de direito no que tange ao direito sucessório.

---

1 Doutoranda em Direito Civil pela UFRGS, mestre em Direito Civil pela UFRGS, professora de Direito Romano e História do Direito das Faculdades São Judas Tadeu de Porto Alegre, Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre e professora substituta por concurso público da Faculdade de Direito da UFRGS.

Não seria possível, nesta sede, realizar investigação profunda acerca deste tema. Por isso, as próximas linhas pretendem mais do que demonstrar o direito sucessório, instigar a curiosidade e incentivar a pesquisa e o estudo dos direitos antigos como forma de demonstrar a historicidade do fenômeno jurídico, conforme será visto a seguir.

PRIMEIRA PARTE: O DIREITO MAIS REMOTO – ANTIGUIDADE PRÉ-CLÁSSICA

1 O ANTIGO EGITO E O DIREITO SUCESSÓRIO

1.1 Noções Gerais da história e do Direito no Antigo Egito

Muitas são as divisões apresentadas pela historiografia como fases do Antigo Egito. Aquela adotada por John Gilissen (2008, p. 51) divide em (1ª) Antigo Império, (2ª) Médio Império e (3ª) Novo Império, sendo que cada uma delas tem, intercalado, um momento de transição.

Da mesma forma que a historiografia, riquíssima é a história geral daquela civilização. Como bem informa Rodrigo Palma (2001, p. 57):

> O Egito dos faraós foi, senão o reino de maior projeção política na longa trajetória do Oriente Próximo, pelo menos um dentre os mais antigos a compor a história da humanidade. A geografia, vale dizer, muitíssimo concorreu para a veracidade dessa assertiva. Sabe-se que o Egito conheceu a primazia de poder desenvolver a sua notória civilização, às margens de um rio – "festejado Nilo" – que significava a diferença entre a vida e a morte para populações ribeirinhas essencialmente agrárias.

Ainda que não caiba esse assunto nesta etapa de estudo, enfocado no direito, vale dizer, com as palavras de Rodrigo Palma (2001, p. 57):

> Os egípcios destacaram-se de modo evidente nas artes, arquitetura, medicina e agricultura. Mas, apesar de toda a grandeza a eles atribuída por gerações de pesquisadores, é fato que, no âmbito do Direito, deixaram exígua contribuição. Sendo assim, quais foram as razões, pois, que os fizeram a distanciar-se da prática legislativa, arvorada com tanta ênfase por praticamente todas as nações que os rodeavam? Grimberg será o primeiro a buscar lançar luz ao problema. O autor, diligentemente informa: "Apenas uma coletânea de leis do Egito Antigo chegou até nós; é, além disso, muito incompleta". Logo adiante, o mesmo declara: "infelizmente – e é o caso de muitas outras perdas – o texto está tão estragado que nenhum parágrafo completo chegou até nós". Giordani também admite: "Não é fácil sintetizar a História do Direito no Egito Antigo por duas razões: a longa duração da história do país que assistiu a inúmeras transformações das instituições políticas e sociais e a

> carência de coleções legislativas tais como as que encontramos referentes à vida jurídica dos povos da Antiga Mesopotâmia".

A respeito do direito, o Egito não transmitiu à modernidade códigos ou livros jurídicos. Para Gilissen (2008, p. 52):

> o nosso conhecimento do direito egípcio é baseado quase exclusivamente nos actos da prática: contratos, testamentos, decisões judiciárias, actos administrativos etc. Os egípcios quase nada escreveram de livros de direito, nem deixaram compilações de leis ou costumes. Mas não deixaram de se referir frequentemente a "leis"; essas leis deviam ser escritas, pois, em período de confusão, foram lançadas á rua, "espezinhadas" e "laceradas".

Mas o certo é que, foi a primeira civilização na história da humanidade que desenvolveu um sistema jurídico que pode chamar-se de individualista, rompendo com as solidariedades ativas e passivas dos direitos arcaicos e feudais (Gilissen, 2008, p. 52).

1.2 A sucessão no Antigo Egito

Na primeira fase, as características da família determinam diretamente o direito sucessório. A família no Antigo Império Egípcio era formada pelo pai, pela mãe e pelos filhos, sendo que o casal apresenta-se em pé de igualdade (não há prevalência do homem na família), podendo ambos dispor do próprio patrimônio em vida ou após a morte (Gilissen, 2008, p. 55). De outra parte, não há distinção entre os filhos, nem de gênero nem mesmo primogenitura. Além de poder ter patrimônio próprio, o filho tem liberdade de dispor do mesmo. Quanto às regras sucessórias, sabe-se que a liberdade de testar é completa (Gilissen, 2008, p. 55).

Na segunda fase, ainda com raízes no período anterior, a evolução do direito no sistema jurídico egípcio direciona-se à formação de uma oligarquia sacerdotal, com hereditariedade dos cargos, onde a evolução do direito público corresponde à evolução paralela do direito privado: poder paternal e marital, desigualdade nas sucessões pela primogenitura e privilégio da linha masculina.

Na terceira fase, deixando de lado o regime feudal fechado, o direito egípcio evolui novamente para a preponderância da lei, da igualdade jurídica dos filhos e filhas, liberdade para dispor do patrimônio em vida e depois da morte. Ao final, depois da ocupação persa e romana, tal regime é tolerado por um período, até que então sucumba ao poderio romano.

2 OS DIREITOS CUNEIFORMES

2.1 Noções gerais

Chama direitos cuneiformes o conjunto dos direitos da maior parte

dos povos do Oriente Próximo da antiguidade que utilizaram de um tipo de escrita parcialmente ideográfica em forma de cunha, tendo como língua culta a acádica (Gilissen, 2008, p. 58). Por isso, é possível afirmar que não há um direito cuneiforme único, mas conjunto de sistemas jurídicos de diferentes regiões localizadas na Mesopotâmia.

Dos povos que habitavam a região, tem destaque o povo babilônico em face do famoso Código de Hammurabi, que não é o mais remoto, mas com certeza é o mais famoso e também o mais completo e extenso. Segundo John Gilissen (2008, p. 61): "o monumento jurídico mais importante da antiguidade antes de Roma é o Código de Hammurabi (rei da Babilônia, possivelmente entre 1726-1686 a.C.). O texto provavelmente redigido por volta de 1694 a.C, está gravado numa estela descoberta em Susa, em 1901, e atualmente conservada em Paris no Museu do Louvre".

Trata-se de uma compilação dos costumes já vigentes entre os povos mesopotâmicos e contém 282 parágrafos, iniciando-se pelo direito penal e depois regulando as relações de agricultura e domésticas, comércio, casamento e herança, contratos de parceria e arrendamento agrário, limites de preços, juros e salários e, por fim, normas sobre o regime escravo. Para Gilissen (2008, p. 63):

> O Código de Hammurabi e os numerosos atos da prática do mesmo período dão-nos a conhecer um sistema jurídico muito desenvolvido, sobretudo no domínio do direito privado, principalmente dos contratos. [...] Subsistem no entanto, na época de Hammurabi, sobrevivências do período anterior, por exemplo, na medida em que o poder paternal é mais extenso do que no Egipto (o pai insolvente podia entregar a sua mulher ou os seus filhos ao credor para que eles trabalhassem ao seu serviço), ou ainda no facto de a poligamia subsistir, permitindo ao marido cuja esposa é estéril tomar uma outra mulher, e enfim, na medida em que o direito penal continua extremamente severo.

Além disso, o texto legal propriamente dito distingue as diferentes classes das pessoas em: "awilun", o senhor, "muskenun", plebe livre e escravos, estabelecendo em cada caso diferentes sanções, conforme a classe da pessoa.

Do estudo do Código de Hammurabi deriva duas hipóteses distintas. Para a primeira, o imperador simplesmente desenvolveu melhor a legislação de códigos vigentes em períodos anteriores, classificados como "Direito babilônico pré-hammurabiano", ou seja, desvalorizando a inteligência de seu criador. A outra hipótese seria aquela mesma acentuada no proêmio do Código, segundo o qual Hammurabi ditou o Código sob direta inspiração divina e como um justiceiro e protetor dos fracos: "Como Marduk [Deus pro-

tetor dos babilônios] me encarregou de reger o povo com justiça e de dar uma direção ao país, dei ao país ordem jurídica e justiça, dei aos habitantes bem-estar. E então ordenei: [...].”

Pela grandiosidade da obra, como dizia o próprio, é impossível concordar ter sido uma simples “cópia”, com algumas alterações. Hammurabi foi, de certa forma, um criador de muitos princípios, não só judiciais, mas que em sua teoria possuíam temas que hoje são abordados de forma parecida.

2.2 Direito Sucessório

No que diz respeito ao direito sucessório especificamente, Ronaldo Leite Pedrosa (2008, p. 79) afirma que, pelo fato de o testamento não estar contemplado de forma expressa no código, pressupõe-se que tal instituto (testamento) não existia no direito mesopotâmico com as características de hoje. Mas o mesmo autor ressalva a importância da interpretação do parágrafo 150, que tem a seguinte redação:

> § 150: Se um awilum deu de presente à sua esposa um campo, pomar, casa ou um bem móvel e deixou-lhe um documento selado, depois (da morte) de seu marido, os seus filhos não poderão reivindicar contra ela. A mãe dará a sua herança aos filhos que ama, mas não poderá dá-la a um estranho.

Para Ronaldo Leite Pedrosa (2008, p. 80), a expressão “documento selado” lida em conjunto com a ideia de “ser aberto após a morte” do homem que o redigiu, faz aproximar do instituto moderno do testamento.

Porém, no que diz respeito à sucessão legítima, outros parágrafos do Código revelam algum esboço de sistema hereditário. Passamos a analisá-los.

> ***Herança da Mulher***
> § 162: Se um awilum tomou uma mulher como esposa e ela lhe gerou filhos e (depois) essa mulher morreu, seu pai não poderá reclamar o dote, seu dote é de seus filhos.
> § 163: Se um awilum tomou uma mulher como esposa e ela não lhe obteve filhos e (depois) morreu, se seu sogro lhe devolveu a terhatum, que esse awilum enviara para a casa de seu sogro, seu marido não poderá reclamar o dote desta mulher. Seu dote é da casa de seu pai.
> § 164: Se seu sogro não lhe devolveu a terhatum, ele deduzirá do seu dote o correspondente à sua terhatum e restituirá o seu dote à casa de seu pai.

Segundo as explicações de Emanuel Bouzon, (1987, p. 160) estes parágrafos citados tratam do falecimento da esposa antes do marido, e regulamentam a devolução ou não do dote que a mulher trouxe da casa do seu pai:

> o §162 trata do caso de uma mulher que teve filhos no seu casamento. A lei determina “a seriktum é de seus filhos”. Depois da morte da mãe, os

filhos herdam, automaticamente, a seriktum de sua mãe. Mas para evitar qualquer reivindicação por parte da família da esposa morta, a lei acrescenta a cláusula: "seu pai (da mulher) não poderá reclamar o seu dote".

Se houver filhos, estes herdam automaticamente. Se não houver filhos, o procedimento depende da conduta do sogro vivo ter ou não devolvido um preço que o marido "pagou" pela esposa (terhatum). Se devolveu, então o marido deve devolver o dote integralmente, se não devolveu, o marido tem o direito de deduzir o valor já pago pela esposa do dote a ser devolvido ao pai dela (Bouzon, 1987, p. 160).

Igualdade entre os filhos do homem

§ 165: Se um awilum deu de presente a seu herdeiro preferido um campo, um pomar ou uma casa e escreveu para ele um documento selado, depois que o pai morrer, quando os irmãos dividirem, ele tomará o presente que o pai lhe deu; além disso, dividirão os bens da casa paterna em partes iguais.

§ 166: Se um awilum tomou esposas para os filhos que teve e para o filho menor não tomou uma esposa, depois que o pai morrer, quando os irmãos dividirem (a herança), dos bens da casa paterna eles colocarão à disposição de seu irmão mais novo, como adicional à sua parte, a prata da terhatum e fá-lo-ão tomar uma esposa.

§ 167: Se um awilum tomou uma esposa, ela lhe gerou filhos e (depois) essa mulher morreu, se depois de sua morte ele tomou outra mulher e ela (lhe) gerou filhos, depois que o pai morrer, os filhos não dividirão conforme as mães. Eles tomarão o dote de suas mães e os bens da casa paterna eles (os) dividirão em partes iguais.

Deserdação

§ 168: Se um awilum resolveu deserdar seu filho e disse aos juízes: "eu quero deserdar meu filho", os juízes examinarão a questão. Se o filho não cometeu uma falta suficientemente grave para excluí-lo da herança, o pai não poderá deserdar o seu filho.

§ 169: Se ele cometeu contra seu pai, uma falta suficientemente grave para excluí-lo da herança, a primeira vez eles o perdoarão. Se, pela segunda vez, ele cometeu uma falta grave, o pai poderá deserdar seu filho.

Legitimação dos filhos e sucessão

§ 170: Se a primeira esposa de um awilum lhe gerou filhos e a sua escrava lhe gerou filhos, (se) o pai, durante a sua vida, disse aos filhos que a escrava lhe gerou: "vós sois meus filhos" e contou com os filhos da primeira esposa, depois que o pai morrer, os filhos da primeira esposa e os filhos da escrava dividirão em partes iguais os bens da casa paterna, mas o herdeiro, filho da primeira esposa, escolherá entre as partes e tomará para si.

§ 171a: Mas se o pai, durante a sua vida, não disse aos filhos que a

escrava lhe gerou: "vos sois meus filhos" depois que o pai morrer, os filhos da escrava não dividirão os bens da casa paterna com os filhos da primeira esposa. Será efetivada a libertação da escrava e de seus filhos. Os filhos da primeira esposa não poderão reivindicar os filhos da escrava para a escravidão.

Posição da Primeira esposa

§ 171b: A primeira esposa tomará consigo o dote e o presente nupcial que o esposo lhe deu e registrou numa tábua. Ela morará na casa de seu marido e enquanto viver terá usufruto. Não poderá vender; sua herança é de seus filhos.

§ 172: Se seu marido não lhe deu um presente nupcial, devolver-lhe-ão seu dote integralmente e ela tomará dos bens da casa de seu marido a parte correspondente a de um herdeiro. Se seus filhos a maltratarem para fazê-la sair de casa, os juízes examinarão sua questão e imporão uma pena sobre os filhos: essa mulher não sairá da casa de seu marido. Se essa mulher resolveu sair, deixará para seus filhos o presente nupcial que seu marido lhe deu e levará consigo o dote da casa de seu pai, o marido de seu coração poderá esposá-la.

Igualdade dos filhos em relação à herança da mãe

§ 173: Se essa mulher, lá onde entrou, gerou filhos a seu segundo marido, (e) depois essa mulher morreu, os filhos do primeiro e do segundo (casamento) dividirão o seu dote.

§ 174: Se não gerou filhos a seu segundo marido, os filhos do seu primeiro marido receberão seu dote.

3 O DIREITO SUCESSÓRIO HEBRAICO

3.1 Noções Gerais da História e do Direito Hebreu

Os hebreus foram um povo semita que vivia na região da Palestina em tribos nômades, conduzidas por chefes familiares. Está descrito no Êxodo a sua condução como escravos ao Egito e depois o retorno à Palestina, sob a guia de Moisés, por volta de 1500 a.C., que recebeu as tábuas da lei (os dez mandamentos), base do direito hebreu. Eram diferentes por seus costumes, mas principalmente por retratarem-se como o povo escolhido por Deus, único e onipotente. Assim, para os hebreus, ao contrário de outros povos da região, não existia diferença de classes, todos eram irmãos, filhos de Deus e de direitos iguais perante Ele.

Uma vez que a lei divina é proclamada por Deus, sendo imutável, segundo as disposições religiosas a organização social, política e jurídica é estabelecida pelo autor supremo. Estas disposições compõem a Torah: os cinco primeiros livros da Bíblia também chamados de Pentateuco. Neles, Gênesis trata do início da criação do mundo e vida dos patriarcas; Êxodo trata do cativeiro no Egito, os Dez Mandamentos e o Código da Aliança; Levítico trata do conjunto de prescrições religiosas e culturais; Números trata da descrição da organização das

tribos hebraicas e Deuteronômio é a repetição da lei, livro que completa os quatro anteriores. Esta é a mais primitiva organização jurídico-religiosa do povo hebreu.

3.2 A Sucessão descrita no Direito Hebreu Antigo

a) Primogenitura e Sucessão

Ainda dentro da lei de família podemos considerar alguns aspectos quanto a questão de sucessão e herança. De modo geral, a liderança era transmitida ao filho mais velho quando da morte do pai. No entanto, essa passagem não era automática, tendo de ser conferida pelo pai mediante uma bênção especial (Gênesis 27:29,37). Porém, era permitida ao pai a liberdade de escolher um filho mais novo como seu sucessor no caso de considerar o mais velho indigno para a função (Souza, 2008, p. 62).

Com respeito à partilha da herança, Deuteronômio 21:15-17 determinava que o primogênito tinha direito a duas partes de tudo que o pai possuísse sendo o restante dividido em partes iguais com os demais filhos, incluindo inclusive, os filhos das concubinas (estes indicados em Genesis 25:5-6). A passagem apresenta o seguinte texto:

> Deut. 21:15-17: Se um homem tiver duas mulheres, uma que ele ama, outra que ele desdenha, e lhe tiverem dado filhos, tanto a que é amada como a que é desdenhada, se o filho desta última for o filho primogênito, esse homem, no dia em que repartir seus bens entre os seus filhos, não poderá dar o direito de primogenitura ao filho da que é amada, em detrimento do primogênito, filho da mulher desdenhada. Mas reconhecerá por primogênito o filho da mulher desprezada, e dar-lhe-á uma porção dupla de todos os seus bens, porque esse filho é o primeiro fruto de seu vigor, é a ele que pertence o direito de primogenitura.

b) Herança das mulheres

Na ausência de filhos homens, as filhas passavam a ter direitos sobre a herança desde que estivessem casadas com pessoas do próprio clã (Números 27:1-11).

> Aproximaram-se então as filhas de Salafaad, filho de Hefer, filho de Galaad, filho de Maquir, filho de Manassés, filho de José. Seus nomes eram Maala, Noa, Hegla, Melca e Tersa. Elas apresentaram-se diante de Moisés e do sacerdote Eleazar, e diante dos principais e de toda a assembleia, à entrada da tenda de reunião: “Nosso pai, disseram elas, morreu no deserto, e não tomou parte na sedição excitada por Coré contra o Senhor; mas morreu por causa de seu próprio pecado. Ora, ele não teve filhos. Por que razão há de desaparecer o nome de sua família, por não ter tido filho algum? Dá-nos uma propriedade entre os irmãos de nosso pai.” Moisés levou a sua causa diante do Senhor, que lhe disse: “As filhas de Salafaad têm razão.

> Dar-lhes-ás uma propriedade como herança entre os irmãos de seu pai, para que elas lhe sucedam na herança. Dirás aos israelitas: se um homem morrer sem deixar filhos, a herança passara à sua filha; se não tiver filhas, será dada aos seus irmãos. Se não tiver irmãos, a herança passará aos irmãos de seu pai, e se seu pai não tiver irmãos, será dada ao seu parente mais próximo em sua família, e este último tornar-se-á seu possessor. Esta será para os filhos de Israel uma prescrição de direito, assim como o Senhor ordenou a Moisés".

c) Ressalva de o patrimônio continuar no clã

No entanto, normalmente não possuíam direitos sobre qualquer parte das propriedades do pai de modo a evitar que parte dos bens de uma família se transferisse para outra família pelo casamento (Números 36).

> Números 36: Os chefes de família dos filhos de Galaad, filho de Maquir, filho de Manassés, da raça de José, apresentaram-se diante de Moisés e dos principais chefes das famílias israelitas: "O Senhor, disseram eles, ordenou ao meu senhor que desse, por sorte, a terra em herança aos israelitas; e o Senhor ordenou ao meu senhor que desse às filhas de Salfaad, nosso irmão, a herança devida ao seu pai. Mas se homens de outra tribo as receberem por mulheres, a sua herança será retirada do patrimônio de nossos pais e acrescentada ao da tribo na qual elas se casarem; e assim será diminuída a nossa herança. Quando chegar o jubileu dos filhos de Israel, a sua herança será unida à da tribo a que pertencerem, e separada da de nossos pais". Moisés, então, respondeu aos filhos de Israel por ordem do Senhor: "Tem razão a tribo dos filhos de José. Eis a ordem do Senhor para as filhas de Salfaad: casem com quem quiserem, contanto que seja com alguém de uma família da tribo paterna; desse modo as possessões dos israelitas não passarão de uma tribo à outra, e cada israelita ficará na herança da tribo de seus pais. Todas as mulheres que possuírem um patrimônio em uma tribo israelita, tomarão marido na tribo paterna, a fim de que cada israelita conserve o patrimônio de família. Herança alguma poderá passar de uma tribo à outra: deve cada tribo israelita permanecer no que é seu". As filhas de Salfaad comportaram-se segundo a ordem do Senhor. Maala, Tersa, Hegla, Melca e Noa, filhas de Salfaad, casaram-se com filhos de seus tios; casaram-se, pois, em famílias saídas de Manassés, filho de José, e a possessão que lhes tocava permaneceu na tribo de seu pai. Tais são as leis e as ordenações que o Senhor transmitiu aos israelitas por intermédio de Moisés nas planícies de Moab, perto do Jordão, defronte de Jericó.

Não existe na Tanakh qualquer menção a respeito do pai herdar bens dos filhos na morte deste. Uma possível explicação é a de que enquanto o pai estivesse vivo, o filho não possuiria bens (Souza, 2008, p. 62).

4 O DIREITO SUCESSÓRIO NA GRÉCIA ANTIGA

4.1 Noções Gerais da História e do Direito Grego

A península balcânica, região costeira com difícil acesso, cercada de montanhas e com agricultura complicada abrigou, por volta de 2000 a.C., uma migração de povos guerreiros vindos da Ásia Menor via mar Egeu para a região que denominaram de Grécia. Graças ao aspecto geográfico, duas consequências podem ser identificadas. A primeira diz respeito ao fato dessas dificuldades impulsionarem o povo grego a desenvolver métodos de sobrevivência, criando rico comércio e poderosos exércitos. A segunda consequência pode ser vista como um resultado geopolítico, já que, isoladas, as localidades desenvolveram políticas unitárias – as *polis*. Assim, a Grécia Antiga jamais foi um estado unificado (desconsiderando o império de Alexandre Magno), pois era dividida em diversas cidades-estados que comerciavam e guerreavam entre si, cada qual com sua cultura e traços diferenciados, umas bélicas (Esparta) outras voltadas para o pensamento (Atenas), cada uma com suas formas de governos diferenciados. Diante dessas características diferenciadas, o direito na Grécia não poderia ser diferente: cada *polis* tinha suas regras jurídicas e ornamentos próprios, não havendo uma uniformidade.

4.2 A sucessão na Grécia antiga

a) Problemática das fontes

Talvez em face da prevalência do aspecto político e não propriamente jurídico dos traços gregos, não há muita bibliografia a respeito do direito legislado. Assim, a formulação do conhecimento se dá muitas vezes por reconstituição de fontes e informações historiográficas externas. A maior delas parece ser a famosa obra de Fustel de Coulanges, *A Cidade Antiga*, demonstrando que é preciso considerar a força da contribuição religiosa para a formação do direito antigo. Tal é verdade, principalmente na ideia de que a propriedade e sucessão são decorrentes desta concepção religiosa da vida (Coulanges, 2012, p. 12).

b) Legislador Sólon e o direito sucessório

Na reforma legislativa que ocorreu em Atenas, foram destaque os personagens de Drácon (cerca de 620 a.C.) e de Sólon (cerca de 594/593 a.C.). Das Leis de Drácon, cujos textos se perderam, sabe-se que no âmbito penal elas seriam muito rígidas (daí o epíteto "leis draconianas"). Sabe-se, também, que elas puseram fim ao sistema de gens e clãs patriarcais. Sobre as Leis de Sólon três medidas foram mais populares: primeiro, a proibição da servidão pessoal por dívidas; segundo, a possibilidade de qualquer pessoa mover ação contra quem lhe causou injustiça e, terceiro, o direito

de apelo à Assembleia Popular. Esta última foi referida especialmente por Aristóteles como fator de fortalecimento de um povo: "*pois quando o povo se assenhora dos votos, assenhora-se do governo*" (In: Constituição de Atenas, Capítulo IX).

No que diz respeito especificamente ao direito sucessório, novamente, muita controvérsia. A esmagadora maioria dos textos jurídicos que abordam a temática, o fazem superficialmente. Segundo Guilherme Braga da Cruz (1979, p. 55):

> Tratava-se de um sistema de parentela combinado com o privilégio de masculinidade, de forma que a parentela do lado materno só é chamada à sucessão depois de esgotadas todas as do lado paterno, e sempre com preferência do sexo masculino sobre o feminino.

Ainda, existia na Grécia antiga o instituto do "Epiclerado" (1979, p. 56) que consistia na circunstância pela qual, não havendo herdeiros homens, cabia à filha que sucederia na linha paterna a obrigação de casar-se com o mais próximo dos parentes agnatícios do seu pai, para, assim, gerar um descendente da mesma estirpe, considerado para fins jurídicos e religiosos filho do avô materno (pai da epiclera) e que nesta qualidade continuaria seu culto doméstico, recebendo sua herança logo que atingisse a maioridade.

Além disso, a reforma legislativa de Sólon introduz o direito de dispor por testamento, já que como visto, o patrimônio hereditário é obrigatoriamente transmitido aos homens que pertencem ao mesmo grupo familiar religioso. Uma ressalva é válida: tal disposição somente pode ser considerada na falta de filhos naturais. Alguns autores referem à circunstância do testamento estar ligado mais à amizade do que ao parentesco (Nascimento, 2009, p.77):

> No direito grego, a sucessão por testamento só era reconhecida no caso exclusivo da falta de filhos. Pelo menos, a partir de Sólon, era esta a regra do direito sucessório em Atenas, segundo informação que nos vem de Plutarco. Uma outra lei famosa é aquela que concerne aos testamentos: outrora não eram permitidos; os bens e as casas deviam permanecer no *genos* do defunto. Sólon permitiu aos que não tivessem filhos dar seus bens a quem o desejassem; assim, ele preferiu a amizade ao parentesco, a livre beneficência ao constrangimento.

Desta forma, o direito sucessório num período mais remoto como o da reforma legislativa em Atenas esteve atrelado mais ao conteúdo da vontade do testador do que aos lações de sangue ou parentesco

SEGUNDA PARTE: NOÇÕES GERAIS DE DIREITO SUCESSÓRIO ROMANO

5 NOÇÕES GERAIS

Se compreende-se por sucessão em geral, a substituição de uma pessoa por outra em determinada relação jurídica, de forma plena o Direito Romano criou, desenvolveu e estabeleceu esse direito para a posteridade. Tanto na modalidade de sucessão universal, quando se transmite uma universalidade, como na modalidade singular, quando se transmite uma determinada relação jurídica ou um conjunto delas sem ser uma universalidade, foi criação do direito romano (Kaser, 1999, pg. 365). Ainda, existiu no direito romano tanto a sucessão *inter vivos* quando em vida das pessoas envolvidas, como nos casos de *capitis deminutio*, *adrogatio* e convenção de *manus*, como a sucessão *causa mortis* quando ocorre por causa da morte de alguém (Alves, 2007, p. 703).

No direito romano eram requisitos para a sucessão universal *mortis causa,* de natureza subjetiva (circunstâncias que se referem à pessoa do falecido e à pessoa do herdeiro), a capacidade para ter herdeiros, a capacidade para ser herdeiro e a capacidade para aceitar a herança. De natureza objetiva (circunstâncias, independentes das pessoas do falecido ou do herdeiro, que possibilitam a ocorrência da sucessão), eram requisitos da *hereditas* a morte de alguém, a delação da herança e a aceitação da herança pela pessoa a quem foi deferida. Estas disposições foram aplicadas no direito romano em conjunto com as demais regras que se passa a analisar (Alves, 2007, p. 703).

5.1 Conceito e conteúdo da *hereditas*

Originariamente ou primitivamente, a palavra *heres* designava a pessoa indicada pelo *paterfamilias* que era chamada a ficar no seu lugar quando este morresse, administrando e gerindo toda a *hereditas* que consistia justamente no conjunto de todos os poderes do *pater* falecido (Alves, 2007, p. 704):

> Quanto à palavra herança (hereditas), além de designar o fato simplesmente da sucessão universal mortis causa, pode ser empregada em dois sentidos: a) no objetivo, designando o patrimônio de uma pessoa que faleceu – hereditas, ao menos nos direitos pós-clássico e justinianeu, se usa, nessa acepção, como universitas iuris (universalidade de direito); ou b) no subjetivo, significando o direito subjetivo de que alguém (heres – o herdeiro) é titular com relação a esse patrimônio; hereditas nesse sentido se utiliza como ius sucessionis (direito de sucessão). Para CarIo Longo e Bonfante (e a maioria dos romanistas os acompanha), hereditas, no direito

> clássico, não era empregada, em sentido objetivo como universitas iuris, o que só foi ocorrer no direito pós-clássico, quando teria surgido a distinção entre sucessão singular e sucessão universal. Por outro lado, em síntese, são objeto da hereditas em sentido objetivo todas as relações jurídicas (inclusive algumas de caráter extrapatrimonial) de que era titular o falecido, exceto as que são intransmissíveis por força de lei expressa, ou de sua extinção pela morte de seu titular. Assim, quanto às relações jurídicas patrimoniais, são elas, em regra, transmissíveis ao herdeiro; excetuam-se, porém, pelo seu caráter personalíssimo, o usufruto, o uso, a habitação, as obrigações do sponsor e do fideipromissor, e as obrigações decorrentes do delito (são estas sempre intransmissíveis do lado passivo – o débito –, mas nem sempre do lado ativo – o crédito); demais, com a morte de um dos contratantes, extingue-se, por via de regra, o contrato de sociedade e o de mandato. Intransmissíveis, também, são as relações jurídicas familiares, como, por exemplo, a tutela; e as de direito público, como a magistratura desempenhada pelo falecido.

Por isso, a origem da sucessão hereditária se apresenta muito conexa com o direito de família, já que a sucessão *mortis causa* se apresentava como a perpetuação da própria família. Assim, a finalidade originária e primordial da sucessão hereditária não era a transmissão do patrimônio do falecido, mas a de assegurar a continuidade do grupo familiar (Schulz, 1960, p. 202). Passado o tempo, com o desenvolvimento e a modificação da família, muda também a natureza da *hereditas*, sem, contudo, perder a conexão com a sua origem:

> D.50.17.62: Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum uis quod defunctus habuerit.
> D.50.17.62: A hereditas não é outra coisa senão a sucessão no complexo de direitos que teve o falecido.

Assim, o testamento, isto é, a designação do novo chefe que assumirá a família com a morte do *pater*, exerceu na primitiva família romana a importante função de preservação. No *ius civile*, a sucessão regular e prevalente é a testamentária. Se não houver deixado testamento, a herança do *de cujus* vai para os agnados e não havendo esses para os gentiles (época arcaica):

> Tábua 5, passo 4: Se morre intestado quem carece de um "herdeiro seu", tenha a herança o agnado mais próximo. Passo 5: Se não existe agnado, recorram a herança aos gentis.

Na época clássica a herança transformou-se de "política" para "patrimonial", além de surgir a permissão de instituir-se herdeiro fora da família. Em face da exclusão dos *filiusfamilias* ou agnados emancipados da herança intestada, assim como os cognados, se instaura, pela atividade pretoriana, um novo sistema fundado em princípios

de equidade e consoante o conceito moderno de sucessão no patrimônio: é a chamada *bonorum possessio*, que surge como contraposição ao direito civil e a sua finalidade primeira é a de ampliar a ordem da vocação hereditária (Alves, 2007, p. 708).

No direito pós-clássico são modificados os direitos civil e pretório até chegar na fusão dos dois sistemas. Com as Novelas 118 e 127 se instaura uma nova ordem sucessória na qual triunfa o princípio da cognação, os direitos dos legítimos se coloca no primeiro plano por força de razões morais, caindo em desuso as solenidades de instituição do herdeiro e em geral as formas antigas de testamento (Alves, 2007, p. 709).

5.2 Concepção dogmática da herança

Para os romanos, "*succedere*" não significa somente "seguir", mas seguir ou continuar uma situação jurídica. Por isso que, juridicamente, *successio* significa não apenas a transferência de um direito, mas a entrada de uma relação, o preenchimento de uma posição jurídica (Kaser, 1999, p. 365).

Assim, segundo o direito romano, é possível afirmar que no Direito Arcaico, o sucessor se coloca na mesma posição jurídica do antecessor; que o sucessor adquire um patrimônio em bloco, e de modo mediato, isto é, por consequência da aquisição de uma *potestas* a título de *heres* (herdeiro); e que do antecessor passam ao sucessor toda a sorte de direitos, inclusive os que de outro modo seriam intransmissíveis (D'Ors, 2006, p. 327).

No Direito Clássico, a única forma de sucessão que os romanos conheceram foi a sucessão universal (só no direito pós-clássico surgirá a sucessão singular), sendo que o sucessor recebia tanto os créditos como os débitos do sucedido e deveria pagar inclusive com o seu patrimônio (Schulz, 1960, p. 203).

5.3 A *Bonorum Possessio*

Ao lado da herança civil (*hereditas*) existe a herança pretória, a chamada *bonorum possessio*, que consiste na posse das coisas hereditárias conferidas pelo Pretor a determinadas pessoas e com fins que ora respondem aos velhos princípios da família agnatícia, ora aos novos de parentesco cognatício e do vínculo matrimonial (Schulz, 1960, p. 206). A obra do Pretor não tem por objeto, a princípio, reformar o direito sucessório civil, mas regular a posição das partes numa controvérsia hereditária (Alves, 2007, p. 711). Acerca das diferenças entre a *bonorum possessio* e a *hereditas*, Moreira Alves retrata o seguinte (2007, p. 711):

> a) o bonorum possessor dispõe, contra os devedores do de cujus, apenas das

> ações do herdeiro concedidas por via útil (eram, em geral, *actiones ficticiae*), e isso porque na *bonorum possessio* não há, em rigor, successio (o *bonorum possessor*, à diferença do *heres*, não substitui o *de cujus* na posição jurídica por este então ocupada); b) o *bonorum possessor* – ao contrário do que ocorre com o herdeiro – não adquire a propriedade quiritária sobre os bens hereditários, mas apenas a propriedade pretoriana (posteriormente, por usucapião, pode ele transformar-se em proprietário quiritário desses bens); c) O *heres* adquire a herança *ipso iure*, ou mediante simples declaração de vontade independente de prazo: o *bonorum possessor* somente obtém a *bonorum possessio* se a requerer ao magistrado dentro de certo prazo, que, em geral, é de cem dias; e d) a *bonorum possessio* pode ser obtida por meio de representante; o heres não pode ser representado na aquisição da herança.

A *bonorum possessio* não é mais do que a adjudicação interina das coisas hereditárias a fim de facilitar a instauração do processo quando é duvidosa ou equívoca a situação de fato nas quais deve centrar-se. Importa, em tal caso, que o Pretor designe aquele que tem de possuir a herança e tem de ocupar a posição mais favorável de demandado. Depois de uma indagação sumária, o Pretor confere a posse para aquele que considera como herdeiro e que, se não é, sucumbindo no processo principal subsequente, no qual se discute sobre o fundo, terá de restituir a herança, a não ser que no intervalo tenha feito a chamada *usucapio pro herede*. Por não ser definitiva, a adjudicação do patrimônio hereditário (que o herdeiro pode cobrar por meio de uma *hereditas petitio*) se diz que a *bonorum possessio* é *sine re* (Kaser, 1999, p. 371).

Na época clássica, a função do Pretor é fundamentalmente corretora, conferindo os bens hereditários a pessoas que o direito civil não contempla como herdeiros (Alves, 2007, p. 713). Para que tal concessão ou adjudicação não resulte vazia, o magistrado outorga sua proteção também frente aos herdeiros civis, negando a estes o direito que lhes assiste (*denegatio actionis*) como também facultando ao *bonorum possesor* a oposição da *exceptio doli* na *hereditas petitio*, e assim, junto da *bonorum possessio sine re,* aparece a *bonorum possessio cum re* (Schulz, 1960, p. 2.067). A *bonorum possessio* pode ser conferida em conformidade com o testamento (*bonorum possessio secundum tabulas*), ou em ausência deste (*bonorum possessio sine tabulis* ou *ab intestato*), ou contra o disposto no testamento (*bonorum possessio contra tabulas*) (Alves, 2007, p. 714):

> No direito justinianeu, embora os textos que se encontram no *Corpus Iuris Ciuilis* ainda se refiram ora à *bonorum possessio* ora à *hereditas* e não haja uma constituição imperial que,

> taxativamente, equipare a *bonorum possessio* à *hereditas*, a equiparação, na realidade, está realizada, continuando-se somente a dar denominação exclusiva de *bonorum possessio* às hipóteses de concessão provisória e à sucessão legítima dos cônjuges.

5.4 A delação da herança no Direito Romano

No direito Romano, delação é o chamamento feito a uma ou mais pessoas para adquirir uma determinada herança. A herança é deferida ou oferecida, os romanos chamam de *deferre hereditatem* e de *vocare ad hereditatem* e afirmam que se entende deferida a herança que uma pessoa pode conseguir adir (D'Ors, 2006, p. 329).

Assim, a herança se defere por testamento ou pela lei. Hoje chamamos de herança testamentária ou herança legítima, o que não corresponde ao sentido romano, já que o sentido romano é o de legítima tanto a herança com testamento como sem testamento, já que as duas são disciplinadas pelo *ius civile*. Assim que, para os romanos, *legitima hereditas* é a herança do direito civil contraposta a *bonorum possessio* ou sucessão pretória (Schulz, 1960, p. 205).

A delação testamentária prevalece sobre a intestada (Alves, 2007, p. 715). Segundo um antigo princípio romano, a sucessão testamentária e a sucessão intestada são absolutamente incompatíveis, e por causa disso se desdobram as seguintes consequências: 1) Se houver testamento, não procede a delação *ab intestato;* 2) Quando o herdeiro é instituído em uma parte do patrimônio (*pro parte*) o restante do total se acresce aquele (Alves, 2007, p. 715).

Essa situação se explica e se justifica pela primitiva concepção de herança como transmissão da posição política familiar uma e indivisa. Quando pelo passar das épocas históricas a herança admite outras funções (patrimoniais) é possível nomear vários herdeiros, ainda que o título seja o mesmo (Kaser, 1999, p. 391). Surgida nos começos do Império, a chamada "sucessão legítima contra testamento" a regra da incompatibilidade entre ambas as formas de sucessão sofre importantes modificações (Schulz, 1960, p. 254). Passa-se a observar, ainda que sumariamente, ambas as possibilidades de delação em linhas gerais no direito romano.

A Sucessão Testamentária no Direito Romano

Os textos apresentam duas definições de testamento (*testamentum*). Uma, atribuída a Ulpiano (*Liber Singularis regularum*, XX, 1):

> *Testamentum est uoluntatis nostrae iusta sententia de eo, sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat.*
> O testamento é a declaração, conforme o direito, da nossa vontade, feito de forma solene para que valha depois de nossa morte.

Outra, atribuída a Modestino (D.XXVIII.1.1).:

> *Testamentum est uoluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.*
> O testamento é a declaração de nossa vontade, conforme o direito, a respeito daquilo que cada qual quer que se faça depois de sua morte.

O testamento é um ato solene e de última vontade pelo qual se nomeia herdeiro e se podem fazer outras disposições de caráter patrimonial ou pessoal, sendo um ato de direito civil e por isso privativo dos cidadãos romanos (D'Ors, 2006, p. 329). Porém, esta regra é atenuada com o fideicomisso aberto a todas as gentes. O testamento advém de um ato do testador e, por isso, se classifica como ato unilateral, não existindo de forma nenhuma o concurso de vontades (Alves, 2007, p. 716).

As formas mais antigas de testar são o *Testamentum calatis comitiis* que era outorgado perante os comícios por cúrias, convocados em duas datas fixas ao ano, com significado público-religioso, e em tempos de paz. Segundo Moreira Alves (2007, p. 717):

> O testamento *calatis comitiis*, que era utilizado em tempo de paz, se fazia diante dos comícios por cúrias, sob a presidência do Sumo Pontífice (ou, às vezes, segundo parece, do Rex Sacrorum), os quais se reuniam duas vezes por ano: provavelmente, em 24 de março e em 24 de maio. Como os textos são parcos de informes sobre essa forma primitiva de testamento, há controvérsia entre os romanistas acerca do conteúdo desses testamentos e do papel desempenhado, para sua feitura, pelo povo reunido nos comícios.

Havia ainda o *Testamentum in procinctu* que era outorgado quando o homem saía para a batalha, ante ao exército em pé de guerra. Já as formas de testar do direito clássico são o *Testamentum per aes et libram* que se dava quando quem não tinha feito testamento, e estava em perigo de morte, mancipava todo o seu patrimônio a um amigo, rogando-lhe que entregasse à pessoa destinada no testamento. Nesta modalidade primitiva, havia a presença do "comprador da herança" (*familiae emptor*) que se comprometia de passar ao herdeiro instituído. No desenrolar desta modalidade aparece o instituto da *nuncupatio*, nomeação em público do herdeiro (Alves, 2007, p. 718):

> O testamento nuncupativo é também (à semelhança do testamento pretoriano) uma simplificação do testamento *per aes et libram*; mas, à diferença do testamento pretoriano, é uma forma de testamento reconhecida pelo *ius ciuile*, e portanto, a pessoa nele designada para receber é *heres* (herdeiro), e não, simplesmente, *bonorum possessor*. O testamento nuncupativo se faz por declaração oral do

> testador, na presença de, a princípio, cinco testemunhas (e isso porque, das sete exigidas no testamento pretoriano, duas eram o *familiae emptor* e o *libripens*, as quais, com a desnecessidade da *mancipatio* para a celebração do testamento nuncupativo, deixam de ser exigidas), e, posteriormente, de sete.

No direito pós-clássico caem em desuso essas modalidades, substituídas pelo *Testamento Privado.* O testamento *nuncupativo* (nomeação oral do herdeiro), o testamento *ológrafo* (testamento escrito a mão), o testamento *tripertium* (junção de três vertentes: *ius civile*, *bonorum possessio secundum tabulas* e as constituições imperiais). Também pelo *Testamento Público*: O testamento *apud acta conditum*, o testamento *oblatum principi*. Existiam ainda os Testamentos Especiais ou Extraordinários e o Testamento Militar, além do *Testamentum ruri conditum (*feito no meio rural), o *Testamentum pestis tempore*, feito em tempo de peste, se o testador está atacado por doença contagiosa; o *Testamentum parentum inter líberos,* que se trata de testamento de pai para filhos (segundo Justiniano não precisava de testemunhas) e o *Testamento Militum* que era o testamento dos soldados. Há a dispensa de formalidades e também de algumas regras importantes relativas ao testamento em geral. Primeiro, porque a regra de que ninguém pode falecer em parte testado em parte não, não se aplica. Depois, porque além do soldado poder fazer vários testamentos, pode instituir herdeiro para uma coisa certa (Alves, 2007, p. 721).

No direito romano, para que alguém possa dispor de seu patrimônio para depois da sua morte, é preciso que tenha aptidão para testar. Em princípio, isso inclui todas as pessoas *sui iuris*, mas no curso do direito romano, houve amenização deste rigor. Entre os *sui iuris* ainda havia restrições: a mulher não podia fazer testamento *colatis comitti* nem *in procinctu* porque ela não podia participar de comícios nem ir à guerra. Algumas mulheres (libertas e não ingênuas) podiam pedir para o seu tutor para fazer a solenidade do testamento. Quando acabou a tutela das mulheres, elas puderam testar de forma legítima (Kaser, 1999, p. 387). Além disso, é preciso verificar a capacidade de fato para testar: não possuíam capacidade de fato para testar os impúberes, os loucos, os pródigos. Da mesma forma, a capacidade para ser beneficiado em um testamento tem regras específicas no direito romano. Em princípio, podem ser instituídos herdeiros no testamento tanto a pessoa física como o nascituro e a divindade. De outra sorte, são incapazes de serem instituídos herdeiros em testamento: a mulher pela previsão da *lex voconia,* as pessoas incertas, os intestáveis entre outros (Alves, 2007, p. 723).

Por outro lado, no direito romano o testamento pode conter diferentes disposições de ordem patrimonial ou pessoal, como por exemplo, a instituição de herdeiro, as manumissões, a designação de tutor, os legados e os fideicomissos (Kaser, 1999, p. 385). De todas essas citadas, a primeira (instituição do herdeiro) é a única imprescindível, e regras deveriam ser rigorosamente observadas, como por exemplo, o local onde deverá estar a nomeação do herdeiro: na "testa" do testamento. Tudo o que tiver antes é inválido (*caput et fundamentum totius testamenti*, Gaio, p. 2.229). Também se deve observar que a instituição do herdeiro é feita in *perpetuum*: para sempre. O herdeiro deve ser instituído para receber toda a herança, e não apenas uma parte dela (ninguém pode falecer em parte *testatus* e em parte *intestatus*) (Alves, 2007, p. 720).

Além disso, no direito romano, o testamento pode adoecer de um vício ou defeito que impede desde o seu princípio a sua própria existência. O testamento afetado por invalidade radical ou inicial recebe qualificações diversas (Kaser, 1999, p. 389).

Trata-se de *testamentum iniustum* quando na outorga não se observa a forma devida ou, ainda, quando falta o *ius testamenti factio.* Diz-se *inutile* ou *nullius momenti* o testamento no qual os *sui heres* são preteridos. Várias denominações recebe também o testamento que, sendo inicialmente inválido, é depois anulado: chama-se *testamentum irritum factum* quando sobrevém a perda da capacidade jurídica, salvo que, tratando-se de *capitis demunutio* máxima, sobrevenha a aplicação do post-liminium. *Testamentum ruptum* é a expressão empregada quando nasce um *heres suus* depois da morte do testador, e este não o tinha levado em conta, seja para instituí-lo ou deserdá-lo. Assim, o testamento é ineficaz quando, embora válido, não produz os seus efeitos em virtude de, por exemplo, o herdeiro não ter aceito a herança (fala-se aqui de testamento *desertum* ou *destitutum*). Ainda, porque é um ato de última vontade, o testamento pode ser revogado, que segundo o *ius civile* só pode acontecer com a sobrevinda de um novo testamento. Mesmo que o segundo não produza nenhum efeito, o testamento revogado está acabado (Alves, 2007, p. 725).

A Sucessão Ab Intestato *no Direito Romano*

O caráter da primitiva organização familiar implica na necessidade de alguém suceder o *pater* falecido no seu supremo poder que tem sobre o grupo, e isso se dá com a instituição do herdeiro no testamento. Pode, porém, acontecer de o *pater* falecer antes de designar o seu sucessor, o que, se ficasse sem regulação seria muito grave para os preceitos da época. Por isso, desde os mais remotos tempos

existe um modo de regular a sucessão de quem faleceu *intestato*, isso é, sem testamento, ou com testamento inválido. É, então, uma forma supletiva, subordinada, excepcional, e não se baseia nos vínculos de sangue, mas nas relações de agnação e, ainda, gentílicas. Hoje chamamos esta modalidade de "sucessão legítima" (Alves, 2007, p. 742):

> Somente o cidadão romano é que, com sua morte, dá ensejo à abertura da sucessão *ab intestato,* uma vez que essa sucessão foi organizada pelo *ius ciuile*, cujos preceitos só se aplicavam aos cidadãos romanos. A sucessão *ab intestato* dos estrangeiros é disciplinada pela sua lei nacional, e não pelo direito romano. Por outro lado, a princípio, além de cidadão romano, é necessário que o de *cuius se sui iuris*; a partir do século IV d.C., começa-se a admitir a sucessão ab intestato do *filius familias* (pessoa *alieni iuris*, no tocante ao pecúlio, e Justiniano, na Novela CXVIII, admitindo que o *filius familias* possa ter herdeiros *ab intestato*, o equipara, nesse particular, ao *paterfamilias*.

Como já foi visto, preconiza a Lei das XII Tábuas: "Se morre intestado quem carece de um 'herdeiro seu', tenha a herança o agnado mais próximo. Se não existe agnado, recorram a herança aos gentis". *Sui Heredes* são aqueles que estavam sob o pátrio poder ou sob a *manus* do *de cujus*: os filhos vivos, inclusive adotivos e não emancipados, seus netos caso tivessem o pai morto ou com *capitis deminutio*, bisnetos na mesma situação, a mulher *in manus*. Assim, era o parentesco agnatício que determinava a qualidade de *heredes*. Para estes *sui heredes* não havia a possibilidade de renunciar a herança, que adquiriam automaticamente. Se faltasse o *heredes sui*, é chamado o agnado mais próximo. A mulher *sui iuris*, ao falecer, somente tem como *heredes legitimi* os agnados próximos e, na falta deles, os *gentiles*, porque a mulher nunca poderia ser *pater familias*, e por isso não poderia ter *heredes sui,* e assim o agnado é o primeiro a ser chamado a sucedê-la *ab intestato* (Kaser, 1999, p. 374).

O sistema do *ius civile* era muito restrito e a prática da valorização do parentesco cognatício foi sendo respeitada. Assim, a reação do pretor ao sistema da sucessão *ab intestato* da Lei das XII Tábuas se fez mediante as *bonorum possessiones ab intestato* (Kaser, 1999, p. 375). Num primeiro momento, as *bonorum possessios* não eram protegidas contra o *heredes legitimus* que recuperava a herança pelas ações do *ius civile*, mas, pouco a pouco, passaram a ser concedidas *cum re*, isso é, protegidas contra os herdeiros legítimos. Pessoas a quem eram deferidas a *bonorum possessio*: 1. *unde liberi*: os *sui heredes* do *ius civile* e mais os filhos emancipados, desde que tivessem nascido de justas núpcias, não estivessem sob

a potestas de outro *pater*. 2. *unde legitimi*: todos os legítimos do *ius civile* eram novamente chamados. 3. *unde cognati*: nesta terceira classe, colocavam-se os cognados do falecido até o sexto grau; 4. *unde vir et uxor*: quarta e última classe, encontravam-se o cônjuge que sobrevivera ao *de cujus*, desde que o casamento fosse legítimo. Essa ordem era observada, e o pretor dava 100 dias para cada classe sucessivamente requerer a *bonorum possessio* (Alves, 2007, p. 747).

A tendência a valorização da família natural prevalece na época imperial (Kaser, 1999, p. 377). Nessa época, os *senatusconsultos* Tertuliano e Orficiano estabeleceram a sucessão *ab intestato* recíproca, como herdeiros civis, entre mães e filhos, independentes de serem parentes agnados. Senatusconsulto Tertuliano: (117-138 d.C.), chamou a mãe à sucessão ab intestato dos filhos, desde que ela gozasse do *ius liberorum* (três filhos se ingênua, quatro filhos se liberta), e também que o filho de cuja sucessão se trata tivesse sido ingênuo e *sui iuris*. Se preenchesse estes requisitos, a mãe é colocada na frente dos agnados do filho, com algumas exceções. Senatusconsulto Orficiano (178 d.C) chamou os filhos (ainda que nascidos de matrimônios diversos) à sucessão nos bens de sua mãe e na frente de todos os agnados dela, mas não estendeu esse chamado aos netos (Alves, 2007, p. 748).

No *Corpus Iuris Civilis*, as regras que vinham dos períodos anteriores vigoraram com pequenas modificações, mas o sistema da reunião dos princípios até então válidos, não eram harmônicos e não correspondiam às tendências do direito justinianeu. Então, Justiniano promoveu a reforma com as Novelas 118 e 127. Não se faz mais distinção entre agnados e cognados, pessoas *sui iuris* e *alieno iuris*, homens e mulheres, parentes da linha masculina e da linha feminina. Acontece a assimilação das *bonorum possessiones* à sucessão *ab intestato*, falando-se somente em *hereditas* (Kaser, 1999, p. 378). Essas mudanças determinaram o modelo que chegou até nós. E, assim, os *heredes legitimi* são agrupados em quatro classes: 1ª classe: os descendentes: todos os descendentes do *de cujus*, que se encontrem ou não sob sua potestas; 2ª classe: os ascendentes, paternos e maternos, irmãos e irmãs germanos e seus filhos. Entre os ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto. Se houver mais de um ascendente na mesma linha, a herança se divide por cabeça, se em graus diferentes, por estirpe; 3ª classe: a dos irmãos e das irmãs consanguíneos ou uterinos e seus filhos (são os meio irmãos: só de pai, consanguíneos; só de mãe, uterinos); 4ª classe: a do colateral mais próximo, obedecendo a regra segundo a qual o mais próximo exclui o mais remoto (Alves, 2007, p. 751).

CONCLUSÃO

Como no direito de família, o direito sucessório tem seu fundamento num fato biológico: se o homem não fosse mortal, o direito hereditário careceria de sentido. O homem sempre quer saber com quem ficará tudo aquilo que uma determinada cultura entende por imperecível, o que não desaparece com a pessoa. Corresponde-se a um comportamento instintivo de deixar para os descendentes como modo de garantir-lhe a sobrevivência, e assim o direito hereditário ratifica o caráter da família como centro assistencial. Essas brevíssimas linhas pretenderam, antes de tudo, apresentar um sumário explicativo das principais manifestações civilizatórias da Antiguidade no seu perfil sucessório.

Para tanto, se observou que o direito sucessório no Antigo Egito, diante da envergadura de sua cultura, não pode ser retratado nas fontes de direito, já que manifestadas em poucos e raros documentos que chegaram para nós. Sabe-se, porém que como direito religioso, manifestado na figura de grandes e poderosos deuses, o Egito viveu um direito mítico que pode significar a harmonia pretendida pelos deuses para os homens.

No direito babilônico, a figura de um dos maiores reis da Antiguidade transformou o Poder em Direito promulgando o seu código: O Código de Hammurabi. Por isso, o direito sucessório, como ramo do caráter jurídico de todo o conjunto de leis, é afirmado e desenvolvido na forma mais plena de proteção da família e da propriedade.

Já o direito hebreu foi caracterizado pelo caráter religioso das disposições jurídicas que, por fenômenos históricos, puderam chegar até os dias atuais tendo influenciado diversos direitos formados no seu percurso histórico, como o direito canônico por exemplo. Nesse conjunto de regras, o direito sucessório demonstrou ser protecionista não só da família (clã), mas, principalmente, da mulher.

Sobre a Grécia Antiga faltam fontes precisas para demonstrar o conteúdo exato do direito sucessório, mas é certo que suas leis consagravam um caráter de disposição por parte do titular do patrimônio, mesmo em detrimento da linha sanguínea ou de parentesco.

No direito Romano, a ideia de sucessão pode tomar forma e ser preparada para ser perpetuada na História. Desde terminologias até conteúdos mais densos correspondentes ao direito do indivíduo de passar o patrimônio após a sua morte, no direito ocidental, têm a sua origem no direito romano. É algo comum a todos os ordenamentos o conteúdo patrimonial das titularidades e o fenômeno da sua transmissão *mortis causa*, da mesma forma, é tratado de maneira especifica conforme a cultura de cada povo. O ocidente, porém, tem a marca do direito romano.

Nestas acintosamente breves linhas não se pretendeu completar o tema, mas, ao contrário, mostrar um sumário tópico sobre como eram as principais linhas de direito sucessório em Roma, mesmo que sem considerar os treze séculos de transformações sociais, politicas, econômicas e, evidentemente, jurídicas pelas quais passou tal direito.

Resta, por fim, asseverar que é verdade que as necessidades da vida humana não reclamam direitos para além da sua existência. Mas o próprio direito sucessório representa um transpassar de direitos para depois do fim da existência humana. Essa expressão da vida nada mais é do que fruto de um estágio cultural do povo que a emprega. Diante disso, a maravilha é perceber a proximidade jurídica que nos encontramos em relação a povos tão distantes no tempo.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: Giappichelli, 1946.

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

CASTRO, Flávia Lages. *História do Direito Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

CRUZ, Guilherme Braga da. *Obras Esparsas*. V. I: Estudos de História do Direito. Direito Antigo, 1ª parte. Coimbra: Faculdade de Coimbra, 1979.

D'ORS, Alvaro. *Derecho Privado Romano*. Pamplona: EUNSA, 2006.

FUSTEL de COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga*. Trad. de Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GAGLIARDI, Lorenzo. Per um'interpretazione della legge di Solone in materia sucessória. In: DIKÉ, *Rivista di storia del diritto Greco*, Ed. ellenistico, n. 5, 2002, p. 5-59.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptros Fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEÃO, Delfim. Sólon e a Legislação em matéria de direito familiar. In:

DIKÉ, *Rivista di storia del diritto Greco ed ellenistico*, n. 8, 2006, p. 5-31.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. São Paulo: Atlas, 2008.

MEYER, Eduard. *El Historiador y la Historia Antigua*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1955.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PALMA, Rodrigo Freitas. *O Direito antes de Roma*. Goiânia: Kelps, 2001.

PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clasico*. Trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.

SOUZA, Marcos Antonio de. O direito hebraico antigo. In: *Fundamentos de História do Direito*. Antonio Carlos Wolkman (Organizador). 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LEGITIMIDADE E RESPONSABILIDADE DO JUDICIÁRIO EM UM AMBIENTE DEMOCRÁTICO

Eurípedes Gomes Faim Filho[1]

INTRODUÇÃO

Este estudo tratará da legitimidade e responsabilidade do Poder Judiciário e de seus membros em um ambiente democrático.

Essa questão se mostra atual e relevante porque há uma noção difundida na opinião pública, nos centros de Poder e até nos meios acadêmicos mais refinados de que o Judiciário carece de legitimidade democrática e seus membros gozam de injusta impunidade por seus atos.

A demonstrar essa afirmação temos a recente aprovação no Senado Federal da Proposta de Emenda Constitucional nº 89/2003, sobre a qual comentaremos no momento oportuno.

Para analisar isso, em primeiro lugar, tentaremos dar uma ideia breve dos conceitos de poder e democracia para, em seguida, questionarmos se o Judiciário é um poder do Estado, se é democraticamente legítimo e qual a possibilidade de o Judiciário ser um construtor de políticas públicas.

Depois, veremos sucintamente as limitações e os controles existentes para o exercício da judicatura, para, finalmente, entrarmos na questão da responsabilidade, fazendo uma com-

---

1 Professor, mestre e doutor pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Professor do Curso de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e da Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ex-professor da Faculdade de Direito da UNESP em Franca e de outras. Magistrado paulista desde 1989, ora em Entrância Final. Membro do Núcleo de Planejamento e Gestão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por dois mandatos.

paração da responsabilidade que têm o Judiciário e seus componentes com relação aos demais Poderes e seus membros.

A responsabilidade política por crimes de responsabilidade será a primeira a ser enfrentada, seguida da responsabilidade fiscal do Judiciário e as outras responsabilidades de seus membros, ou seja, a civil, a penal, a administrativa, a relativa a "erros jurídicos" e outra responsabilidade que consideramos relevante.

Definido isso, discutiremos quais os deveres do Estado no caso de erro judiciário.

Esperamos, dessa forma, dentro das nossas evidentes limitações, oferecer subsídios para tão relevante discussão.

1 PODER E DEMOCRACIA

A definição prévia, mesmo que breve, de "poder" e de "democracia" é necessária para uma melhor compreensão deste estudo.

Poder é a possibilidade de tomar decisões que influenciem na esfera de terceiros, com ou sem o consentimento desses, e a democracia é a forma pela qual o poder é exercido com variados graus de participação popular.[2]

Manoel Ferreira diz, com razão, que a ideia de que só é legítimo o governo que provenha do povo é um dogma mundialmente unânime, sendo "tabu a discussão dos méritos ou deméritos da democracia".[3]

Democracia, no ensinamento de Manoel Ferreira,[4] não tem um conceito unívoco podendo-se falar em democracia direta, como a praticada na Atenas de Péricles, em democracia semidireta, que esse professor entende ser modalidade da representativa, e em democracia indireta representativa, oriunda das revoluções modernas e, segundo esse mestre, do horror à plebe que tinha Siéyès.

Não passaram despercebidas a Manoel Ferreira as falhas da ideia de mandato na representação política, posto que o representante político não está adstrito às instruções do mandante, nem pode ser por ele destituído ou substituído e nem ao menos presta contas a ele, salvo em termos morais.[5]

---

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. p. 106-107. São Paulo: Malheiros, 2010.

3 FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. Sobre o tabu, p. 101. Sobre os demais temas tratados nesta seção por Manoel Ferreira, p. 98 e seguintes. São Paulo: Saraiva, 2006.

4 Obra citada, p. 79 e seguintes.

5 Obra citada, p. 85.

Aqui convém lembrar que o representante eleito pode pura e simplesmente não concorrer a nova eleição, razão de ser verdade a afirmação do mestre Manoel Ferreira de que não há prestação de contas ou responsabilidade perante o povo, salvo a moral, advinda de promessas inviáveis de se cumprir, dada à sua generalidade e abstração, o que ele menciona ao tratar de partidos políticos.

Esse tipo de governo, segundo Manoel Ferreira, baseia-se em dois valores que lhe servem de inspiração: a liberdade e a igualdade. Mas os conceitos de liberdade e igualdade não encontram um sentido inequívoco, como ocorre com o conceito de democracia, dependendo seu entendimento da orientação política de cada um.

Relaciona Manoel Ferreira como pressupostos da democracia os seguintes:

1. O pressuposto social (os povos têm que ter maturidade para se governarem).
2. O pressuposto econômico (os povos não podem estar preocupados apenas com a sobrevivência).
3. O pressuposto informativo (o povo precisa de informação abundante, não monopolizada e contraditória).
4. O pressuposto das amplas liberdades públicas (tais como o direito de reunião, de associação, de manifestação, entre outros).
5. O pressuposto do sistema eleitoral (a existência de uma forma de obter e computar a vontade popular livre de fraudes e corrupções).

Vejamos agora a questão de o Judiciário ser ou não um poder do Estado e se ele tem ou não legitimidade democrática.

2 O JUDICIÁRIO COMO PODER DO ESTADO

A doutrina francesa via de regra não admite o Judiciário como um poder do Estado, daí a estranha expressão, para nós, do título da obra de Fabrice Hourquebie quando ele fala do judiciário como "*anti-poder*" (*"contre-pouvoir"*).[6]

De fato, o Poder estatal tem como características fundamentais a "unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, de onde parecer impróprio

6 HOURQUEBIE, Fabrice. *Sur l'émergence du Contre-pouvoir Juridictionnel sous La Vème République*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

falar-se em divisão e delegação de poderes" devendo-se concluir que o Poder é único, havendo uma divisão de funções dentro do seu exercício.[7]

Como alerta Manoel Ferreira, a função jurisdicional aproxima-se da função administrativa e com ela se confunde quando se trata de aplicar a lei ao caso concreto, havendo diferença apenas na forma de atuação e no resultado da atuação. Assim é que o Judiciário não deve agir de ofício, mas apenas quando houver lide, provocação e o devido processo legal com estabelecimento do contraditório, ao contrário, via de regra, do Executivo, o qual normalmente pode agir de ofício e independente de lide. Além disso, as decisões do Judiciário revestem-se do manto da coisa julgada, o que impede sua rediscussão, também diversamente do que ocorre com o Executivo.[8]

Contudo, hoje, a função jurisdicional se amplia no Brasil para incluir lides coletivas e até para inovar no campo do Direito, o que discutiremos melhor ao tratarmos do Judiciário como construtor de políticas públicas.

A Constituição de 1988, seguindo nossa tradição, colocou o Poder Judiciário como um Poder do Estado:

> Art. 2º **São Poderes** da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o **Judiciário**. (Grifo nosso.)

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal afirmou o Judiciário como componente do Poder do Estado no Brasil:

> [...] Os antigos regimentos lusitanos não se confundem com os regimentos internos dos Tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato **da elevação do Judiciário a Poder do Estado** e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e sua previsão expressa. **O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes**. (ADI 1.105-MC, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 3-8-1994, Plenário, *DJ* de 27-4- 2001.) (Grifo nosso.)[9]

---

7 SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 107.

8 FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. Obra citada, p. 245-246.

9 Nesse sentido: RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como Poder Político no Século XXI. In: *Boletim da Faculdade de Direito*. Stvdia Ivridica 40, Colloqquia 2. p. 11 a 26. "Portugal – Brasil Ano 2000. Tema Direito". Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1999.

Mas o Supremo Tribunal Federal alerta sobre a existência do sistema de freios e contrapesos, com mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, ou, melhor dizendo, funções do Poder do Estado, porém na forma da Constituição:

> **Separação e independência dos Poderes**: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-membro. **Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os "freios e contrapesos"** admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes. Consequente plausibilidade da alegação de **ofensa do princípio fundamental** por dispositivos da Lei estadual 11.075/1998-RS (inciso IX do art. 2º e arts. 33 e 34), **que confiam a organismos burocráticos de segundo e terceiro graus do Poder Executivo a função de ditar parâmetros e avaliações do funcionamento da Justiça** [...]." (**ADI 1.905-MC**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19-11-1998, Plenário, *DJ* de 5-11-2004.) (Grifo nosso.)

A Constituição de 1988 não apenas colocou o Poder Judiciário como um Poder do Estado, mas também deu a ele a função de seu guardião, sendo o guarda máximo da Constituição o Supremo Tribunal Federal, por isso Uadi Bulos chama o Judiciário de o "*oráculo da Constituição*."[10]

O dispositivo que colocou o Judiciário como guarda máximo da Constituição diz:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, **precipuamente**, **a guarda da Constituição**, cabendo-lhe: [...]. (Grifo nosso.)

Sobre a condição de guardião máximo da Constituição, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal. **O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte** – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Ju-

10 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 1.041. São Paulo: Saraiva, 2007.

> diciário independente e consciente de sua alta **responsabilidade política, social e jurídico-institucional.** (ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-9-99, Plenário, *DJ* de 12.4.02). (Grifo nosso.)

Esse julgado agora mencionado tem especial relevância para o presente estudo ao reconhecer as responsabilidades que tem o Judiciário.

Porém, convém ponderar neste momento o problema da legitimidade democrática do Judiciário, questionamento que surge do fato de que seus membros não são eleitos, e é o que passamos a fazer.

3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

A legitimidade democrática é estabelecida pelo Poder Constituinte Originário por meio de sistemas de escolha daqueles que comporão os Poderes Constituídos, havendo nesse processo maior ou menor participação popular por meio do voto.

Assim é que a escolha do Poder Executivo no Brasil é feita por eleições com grande participação popular, mas os governantes acabam sendo escolhidos com a exclusão de quase metade dos votantes, além da exclusão de mais da metade da população do país, se forem considerados os que não votam.

Não bastasse isso, uma campanha custa muito caro e a influência do Poder Econômico é inegável e maior, sem dúvida, do que o poder do voto do cidadão, além do que as pessoas, via de regra, decidem votar de acordo com imagens de marketing montadas por caríssimos especialistas no assunto.

Também, muitas vezes, realizam-se campanhas com a prática reiterada e desavergonhada de crimes eleitorais, propositadamente dotados de punições muito brandas ou inexequíveis, com completo desprezo pela ética e pela moral, não apenas pelo Direito.

Curioso que nos Estados Unidos da América, país considerado uma das maiores democracias do mundo, nem sempre o mais votado pelo povo é aquele que se torna o Presidente da República, em virtude do sistema lá adotado.[11]

O Poder Legislativo brasileiro padece de um déficit democrático pelo

---

11 Tais fatos se deram nas eleições de 1876, 1824 (John Quincy Adans obteve menos votação popular e menos votação no Colégio Eleitoral, mas mesmo assim foi o eleito pela Câmara dos Deputados); 1888, e 2000 (o candidato Al Gore obteve 543.895 votos populares a mais que o candidato George Bush, mas este último ganhou no Colégio Eleitoral). Disponível em: <http://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/historical.html>. Acessado em: 26.08.2010.

menos igual ao do Poder Executivo. Como é de todos sabido, a composição da Câmara dos Deputados, à qual competiria representar o povo, é formada usando-se um complexo cálculo por meio do qual se chega ao chamado coeficiente eleitoral, ou seja, os votos do partido é que contam, quando na verdade o cidadão votou no candidato.

Curioso que, mesmo com esse sistema, como alerta Mônica Caggiano, a infidelidade partidária é a regra, havendo uma verdadeira "dança das cadeiras" entre nossos políticos, na feliz expressão por ela usada.[12]

Tal sistema permite distorções totalmente disparatadas como as que ocorreram nas eleições de 2002 em que o candidato do partido Prona, Enéas Carneiro, obteve um número astronômico de votos, todos contados para seu partido e repartidos entre os candidatos do partido. Isso levou a ser teoricamente eleito, por exemplo, o candidato Tocera,[13] sem que ele tivesse recebido absolutamente nenhum voto popular, enquanto candidatos bem votados não foram eleitos, não havendo, portanto, verdadeira representação integral da vontade popular na formação do parlamento.

Além disso, embora a Constituição diga no seu art. 45 que a Câmara dos Deputados representa o povo, tal não ocorre devido ao fato de que há um mínimo e um máximo de deputados por Estado-membro, cujo cálculo é regulado pela Lei Complementar 78/1993.

Conforme se pode apurar no site do Tribunal Superior Eleitoral (www.tse.jus.br), por exemplo, em abril de 2008 o Estado do Acre contava com 0,33% do total do eleitorado nacional enquanto que o Estado de São Paulo detinha 22,47% desse total. Dessa forma, se valesse a regra democrática que dispõe que uma pessoa vale um voto, São Paulo deveria ter 113 deputados, já o Acre não mais do que dois.

Contudo, São Paulo tem apenas 70 deputados e o Acre, oito, o que faz com que o voto do eleitor do Acre seja quatro vezes mais valioso que o voto do eleitor paulista, estando demonstrada, assim, outra grave falha na teoria da representatividade democrática do Poder Legislativo federal.

A escolha dos componentes do Poder Judiciário, finalmente, também é feita como a dos demais, ou seja, por um sistema estabelecido pelo Poder

---

12 A Jurisprudência Constitucional sobre Matéria Eleitoral. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Controle_de_consti_2008_processo_constitucional_publ_mackenzie.pdf>. Acessado em: 26.08.2010.

13 Informação disponível em: <http://forum.jus.uol.com.br/12170/candidato-eleito-sem-votos/>. Acessado em: 18 de maio de 2010.

Constituinte Originário. Nesse sistema também há participação popular, pois, teoricamente, o povo elegeu o Constituinte Originário e os componentes do Poder Legislativo e Executivo, os quais participam da escolha de magistrados ou da elaboração de leis para esse fim.[14]

Disso tudo se conclui que os três Poderes da República têm legitimidade democrática, cada um de acordo com o sistema que o Poder Constituinte escolheu para o Poder em questão.[15]

Questão em voga no momento, ligada à legitimidade, diz respeito ao Judiciário como construtor de políticas públicas, questão que também é conhecida como o problema do ativismo judiciário, o qual passa-se a analisar.

4 O JUDICIÁRIO COMO CONSTRUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como alerta Lawrence Baum, mesmo quando o Judiciário age como legislador negativo haveria de certa forma ativismo judiciário, com interferência desse Poder em políticas públicas estabelecidas pelos demais.[16]

---

14 Nesse sentido, também entendendo que a legitimidade vem da Constituição, vide DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. 2. ed. p. 89. São Paulo: Saraiva, 2002.

A respeito de eleição direta de magistrados pelo povo, Daniel A. Sabsay e José M. Onaindia afirmam que a eleição popular, embora praticada em alguns países no passado e atualmente, não é o sistema mais indicado para tal escolha devido ao fato de que submete os magistrados a lutas partidárias e à exigência de sua clientela eleitoral. (*La Constitucion de Los Argentinos*. 3. ed., p. 376. Buenos Aires: Errapar, 1994.)

15 Renato Nalini fundamenta a legitimação do juiz concursado nos seguintes pilares: 1. Mérito; 2. Fundamentação das decisões; 3. Cumprimento de sua missão constitucional. (*A Rebelião da Toga*. p. 44-48. Campinas: Millennium, 2006.)

Alexandre de Moraes, lembrando Otto Bachof, também afirma a legitimidade do Judiciário, lembrando que, como ele, os demais Poderes também têm representatividade indireta e relativa. (*Constituição do Brasil Interpreta e Legislação Constitucional*. 7. ed., p. 1.319. São Paulo: Atlas, 2007.)

Em sentido contrário, entendendo pela ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário vide: LEAL, Roger Stiefelmann. A Judicialização da Política. In: *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional número 29, p. 230-237, outubro/dezembro de 1999.

16 *A Suprema Corte Americana*. p. 260 e seguintes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

Ilustrando essa questão de interferência em políticas públicas pelo Judiciário como legislador negativo, Jonh Nowak e Ronald Rotunda[17] noticiam a resistência enorme ocorrida na Suprema Corte norte-americana quando da instituição do "*New Deal*" pelo Presidente Roosevelt, a qual quase destruiu o plano como um todo.

Por fim, a posição do Presidente Roosevelt prevaleceu porque, em 1937, ele elaborou o seu "*Court Packing Plan*", o qual, se tivesse sido aprovado, elevaria o número de ministros da Suprema Corte para quinze, e só não o foi porque os próprios ministros alteraram sua posição aprovando o "*New Deal*".

Outro caso, foi a política da instituição do imposto sobre a renda, impedida pela Suprema Corte e só conseguida após a aprovação da décima sexta emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, como informam os mesmos autores.[18]

No Brasil, em inúmeros julgados, o Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a posição de legislador negativo e não positivo que deve tomar o Judiciário para evitar invasão de um Poder na esfera de outro.[19]

Mas, em se tratando de matéria em que a Constituição estabeleceu reserva de lei formal, o Supremo Tribunal Federal foi até mais incisivo:

> **A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos**. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à ju-

17 *Constitutional Law*. 4. ed. p. 150-151. Saint Paul: West Publishing, 1991.

18 Obra citada, p. 188.

19 [...] O STF como legislador negativo: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. [...] (ADI 1.063-MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-5-1994, Plenário, DJ de 27-4-2001.) No mesmo sentido: AI 360.461-AgR, 2005; ADI 267-MC, 1995; ADI 1.949-MC, 2005; ADI 267-MC, 1995; MS 22.690, 2006; ADPF 144, 2010; ADI 1.949-MC, 2005; ADI 1.063-MC-QO, 2001; RE 584.315-AgR, 2008; ADI 1.502-MC, 1996; RE 402.748-AgR; RE 418.994-AgR, 2008; RE 410.515-AgR, 2009; RE 347.079-AgR, 2008; AI 142.348-AgR, 1995; ADI 1.755, 2001; MS 22.690, 2006; MS 22.690, 2006; RE 584.315-AgR, 2008; ADI 1.502-MC, 1996; RE 402.748-AgR; RE 418.994-AgR, 2008; RE 410.515-AgR, 2009; RE 347.079-AgR, 2008; AI 142.348-AgR, 1995; ADI 1.949-MC, 2005; ADI 1.063-MC-QO, 2001; RE 402.748-AgR; RE 418.994-AgR, 2008; RE 410.515-AgR, 2009.

> risdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. **Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo** (*RTJ* 126/48 – *RTJ* 143/57 – *RTJ* 146/461-462 – *RTJ* 153/765, *v.g.*), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível**, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes**. (MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17.4.1997, Plenário, *DJ* de 7.12.2006.) (Grifo nosso.)

Entretanto, o Supremo não tem aceitado desrespeito à Constituição, de forma alguma:

> A autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República impõe-se a todos os Poderes do Estado. Nenhuma razão – **nem mesmo a invocação do princípio do autogoverno da Magistratura – pode justificar o desrespeito à Constituição**. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois o desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas. (ADI 2.105-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23.3.00, Plenário, *DJ* de 28.4.00.) (Grifo nosso.)

A invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma **ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos** que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político jurídica. **Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental.** A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, **muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental.** A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem

> a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, **impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política**. [...] (ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-9-99, Plenário, *DJ* de 12.4.02.) (Grifo nosso.)

Em se tratando de norma autoaplicável o Supremo Tribunal Federal não se furta à sua função:

> Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendo ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. **Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.** Portanto, **não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas**. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. **O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte.** Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), **o Judiciário não está criando política pública,** mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. **Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.**[20] (Grifo nosso.)

Merece menção ainda as palavras do Ministro Celso de Melo proferidas quando do julgamento do STA 175-AgR/CE no dia 17 de março de 2010:

---

20 Brasília, 7 de abril de 2010. Ministro GILMAR MENDES Presidente (SS 4045, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgado em: 07/04/2010, publicado em DJe-066 DIVULG 14/04/2010 PUBLIC 15/04/2010).

> O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Dessa forma, se a política pública já foi criada pela própria Constituição, cabe ao Judiciário aplicá-la:

> Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". (RE 436.996-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22.11.05, 2ª Turma, *DJ* de 3-2-06). No mesmo sentido: RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15.12.09, 2ª Turma, *DJE* de 19.2.10; RE 595.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28.4.09, 2ª Turma, *DJE* de 29.5.09.

Salientou ainda o Supremo Tribunal Federal um sistema de mutação constitucional muito utilizado na Suprema Corte norte-americana:

> **A interpretação judicial como instrumento de mutação informal da Constituição.** A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. **A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea**. (HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23.9.08, 2ª Turma, *DJE* de 6.2.09.)[21] (Grifo nosso.)

Assim é que nos Estados Unidos da América a Constituição tem mais de duzentos anos de idade, mas vem sendo constantemente atualizada pela interpretação dada a ela pela Suprema Corte no decorrer dos anos.

---

21 Nesse sentido: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. Sem local: Max Limonad, 1986.

No Brasil, na verdade, nos aproximamos cada vez mais do sistema de *Common Law* nos últimos anos, também conhecido como sistema do "*judge made Law*". Tal sistema, ao contrário do que mitologicamente se crê, não se baseia no costume, mas sim no precedente e na legislação escrita, e é a nova força do precedente que nos aproxima desse sistema.[22]

Maria Sylvia menciona que o Brasil adotou um sistema de jurisdição una, próprio do *Common Law*, embora não adotando o *stare decisis*,[23] não dando poder vinculante à jurisprudência, mas sofrendo grande influência do sistema constitucional Norte-americano.[24]

Ocorre que, em 1993, o sistema jurídico brasileiro sofreu uma profunda mudança introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, que acrescentou o §2º ao art. 102 da Constituição da República:

> Art. 102 [...] § 2º – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e

---

22 Conforme JAMES, Philip S. *Introduction to English Law*. Twelfth Edition. p. 7 e passim. London: Butteerworths, 1989. A força do precedente é enorme, como informa o mesmo autor: "[…] In the legislative sphere Parliament is thus legally 'sovereign' and master, but this does not mean that the courts have no influence upon the development of enacted law; for, in order to be applied, every enactment, however it be promulgated, has to be interpreted (or construed), and the courts are the recognized interpreters of the law. […]" (p. 8).

23 "A doutrina do Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos simplesmente significa que uma vez que a Corte de última instância no sistema judiciário federal ou estadual decida um princípio de direito para o caso em julgamento, estabelecendo assim um precedente, a Corte continuará a aderir a este precedente, aplicando-o a casos futuros em que os fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as mesmas. Portanto, 'precedente' é a regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicado aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão. Stare decisis é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente, e 'não mudem uma questão decidida'. Este princípio, aplicando a doutrina do stare decisis para estabelecer precedente vinculante, veio para a cultura jurídica dos Estados Unidos da tradição do common law inglês." COLE, Charles D. Stare Decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do Common Law. In: *Revista dos Tribunais*, Fascículo Cível, Ano 87, V. 752, junho de 1998, p. 11-21.

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 19. ed. p. 44-45. São Paulo: Atlas, 2006.

> efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (Grifo nosso.)

Surgiu, assim, o precedente vinculante, somente para as ações declaratórias de constitucionalidade, o que fez com que de Europeu Continental o nosso sistema passasse a ser híbrido com o sistema do *Common Law*.

A característica do sistema Europeu Continental é ter a lei escrita como fonte primária e obrigatória do direito e, a jurisprudência, como fonte secundária não obrigatória. Já no sistema do *Common Law*, o precedente, ou seja, a jurisprudência, é vinculante, isto é, tão obrigatório quanto a lei.

Logo depois veio a lei nº 9868/99 que ampliou o precedente vinculante também para as ações diretas de inconstitucionalidade:

> Artigo 28 parágrafo único "a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do poder judiciário e à administração pública federal, estadual e municipal. (Grifo nosso.)

A doutrina discutiu muito essa ampliação, por não ter sido feita por via de emenda constitucional,[25] mas em 2002 o STF, ao apreciar uma questão de ordem na reclamação 1880, ajuizada pelo município paulista de Turmalina, considerou constitucional esse dispositivo.[26]

Finalmente, em dezembro de 2004, tal preceito foi colocado expressamente na Constituição com a redação dada ao art. 102, §2º, pela Emenda Constitucional nº 45:

> Art. 102 § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas **ações diretas de inconstitucionalidade** e nas **ações declaratórias de constitucionalidade** produzirão **eficácia contra todos e efeito vinculante** relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Grifo nosso.)

---

25 Conforme ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. p. 48-49. São Paulo: Saraiva, 2007.

26 EMENTA: [...] 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. [...] (Rcl 1880 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em: 07/11/2002, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-02 PP-00284). (Grifo nosso.)

Também pela mesma emenda foi criada a súmula vinculante, prevista no art. 103-A da Constituição da República.

A diferença entre o precedente e a súmula é a formalidade maior da súmula e o fato de que essa seria fruto do controle difuso e aquele do concentrado.

Para que o precedente exista é suficiente que o Supremo Tribunal Federal, numa ação direta de inconstitucionalidade ou em uma ação declaratória de constitucionalidade, pronuncie-se uma única vez pela constitucionalidade ou não de uma dada norma.

A súmula vinculante, por sua vez, exige reiteradas decisões sobre matéria constitucional,[27] que é o que ocorre no sistema difuso, além de uma série de formalidades para ser considerada aprovada como se vê nos parágrafos do art. 103-A da Constituição da República.[28]

---

27 O Ex-Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, na obra que escreveu em conjunto com Inocêncio Coelho e Paulo Branco, afirma na p. 916 "Outro requisito para edição da súmula vinculante refere-se à preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional." (Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.) Contudo, a Súmula Vinculante número 11 foi elaborada com base em apenas quatro acórdãos, um deles redigido na vigência da Constituição anterior, sendo um pouco duvidosa a conclusão extraída deles e que deu origem à súmula (RHC 56.456-8/SP. Relator Cordeiro Guerra. 5 de setembro de 1978; HC 71195-2/SP. Relator Ministro Francisco Rezek. 25.10.1994; HC 89429-1/RO. Relatora Ministra Cármen Lúcia. 22.08.2006; e HC 91.952-9/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. 07.08.2008). Diz a Súmula: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

28 Constituição da República: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou ao seu cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.) (Vide Lei nº 11.417, de 2006.) § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, a revisão ou o cancelamento de súmula poderão ser provocados por aqueles que podem propor a ação direta de

Assim, em termos de Direito brasileiro hoje é fonte primária do Direito:

1. A lei escrita, como sempre foi.
2. Os precedentes nas ações declaratórias de constitucionalidade, desde 1993.
3. Os precedentes nas ações diretas de inconstitucionalidade, desde 1999.
4. As súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, desde 2004.

Curioso, como ensina Alexandre de Moraes, que essa ideia de adaptação do sistema de *stare decisis* por meio da súmula vinculante não é nova, pois já fora adotada no Império em 1876 quando o Superior Tribunal de Justiça passou a ter a possibilidade de editar assentos com força de lei.[29]

A jurisprudência tem sido crescentemente prestigiada também por normas infraconstitucionais, podendo ser citados a título de exemplo o caso da chamada súmula impeditiva de recurso[30] e o afastamento do reexame necessário quando o magistrado de Primeiro Grau julgar de acordo com súmula,[31] entre outros.

Além desse ganho de força da jurisprudência, a atuação judicial se mostra ativa no combate à inconstitucionalidade por omissão. A intolerância com o desrespeito à Constituição por omissão já foi iniciada pelo Constituinte que introduziu no nosso sistema o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão para combatê-la.[32]

---

inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

29 *Direito Constitucional.* 19. ed. p. 514. São Paulo: Atlas, 2006.

30 Código de Processo Civil: Art. 518 § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

31 Código de Processo Civil: Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

32 André Ramos Tavares registrou frustração com relação às expectativas depositadas nesse instrumento constitucional por uma posição mais tímida do Supremo Tribunal Federal (Curso de Direito Constitucional. 5. ed. p. 296-297. São Paulo: Saraiva, 2007.

Entendemos que o Judiciário só poderá sanar essas omissões, em se tratando de políticas públicas, se houver na Constituição e na lei parâmetros suficientes para estabelecer tal política, como tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal na sua árdua tarefa de proteger a Constituição, inclusive dos negligentes.

Avaliada a importante questão da legitimidade do Poder Judiciário, já é possível discutir os limites da atuação desse Poder e a responsabilidade que dela decorre para ele e seus membros.

5 AS LIMITAÇÕES E OS CONTROLES AO EXERCÍCIO DO PODER PELO JUDICIÁRIO

Fabrice Hourquebie[33] menciona em sua obra vários mecanismos de controle da função jurisdicional, todos eles incorporados pelo nosso sistema constitucional na sua declaração de direitos fundamentais e pelas leis infraconstitucionais.

Lembramos que as declarações de direito não têm qualquer significado se não houver um meio dentro do sistema do Estado para torná-las realidade e para amparar seu titular quando sofrer abusos ou tiver seus direitos contrariados. Tal meio são as chamadas garantias pelas quais se procura tornar reais as declarações de direitos, por meio de um Judiciário independente, como disse o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal:

> Concordo, subscrevo e assino os abaixo-assinados da Ajufe, da AMB e de todas as associações internacionais a favor da independência do Judiciário. **Eu já disse que a independência judicial é mais importante que catálogo de direitos fundamentais**.[34]

Essas garantias não são apenas vias processuais adequadas para defesa de direitos, mas também uma série de princípios essenciais que podemos listar como sendo os seguintes, entre outros:

Alexandre de Moraes salientou que o objetivo do Constituinte era, por esse instrumento, dar plena validade às normas constitucionais. (*Direito Constitucional*. 19. ed., p. 696. São Paulo: Atlas, 2006.)

33 HOURQUEBIE, Fabrice. Obra citada, passim.

34 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100199&tip=UN>. Acessado em: 13.05.2010.

1. Princípio da inafastabilidade da jurisdição, não podendo a lei criar obstáculos não amparados na Constituição ao acesso à Jurisdição. [35]
2. A exigência de haver um Poder Judiciário livre e independente e compromissado com o cumprimento da Constituição e das leis que forem constitucionais.
3. Princípio do juiz natural, consagrado nos incisos LIII e XXXVII do art. 5º da Constituição.[36]
4. Princípio do devido processo legal, o qual é previsto em quatro incisos do art. 5º da Constituição da República,[37] oriundo do Direito Inglês e do Direito Norte-Americano e que, para ser realidade, exige uma série de outros requisitos:

a) A existência de um juiz imparcial;
b) A impossibilidade de o juiz agir de ofício;
c) A necessidade de se reconhecer que o juiz só pode dar ordens jurisdicionais[38] dentro de um processo regularmente formado e processado na forma da lei;
d) A necessidade do contraditório;
e) A necessidade de ampla defesa;
f) A necessidade de haver pelo menos um recurso.

O processo penal, pela sua peculiaridade de lidar com a liberdade do ser humano, tem uma série de princípios especiais previstos na Constituição:

1. Princípio da presunção de inocência.[39]

35 Art. 5º XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

36 Art. 5º LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; Art. 5º XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...].

37 Art. 5º LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; Art. 5º LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Art. 5º LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; Art. 5º LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...].

38 Ordens de natureza administrativa, no exercício da função atípica, podem ser dadas por portarias, provimentos, ordens de serviço, assentos, regimentos etc.

39 Art. 5º LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...].

2. Princípio de que o identificado civilmente não precisa sofrer identificação criminal.[40]
3. A possibilidade de haver ação penal privada subsidiária da pública no caso de inércia do Ministério Público.[41]
4. A instituição do júri, com todas as suas consequências.[42]

Há, ainda no campo penal, os direitos do preso:

1. Só pode haver dois tipos de prisão: em flagrante ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente, salvo a exceção prevista na Constituição.[43] Entram como ordem escrita as denominadas prisões civis, como é o caso do devedor de alimentos e do depositário infiel, essa última hoje vedada pela Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal.[44]
2. Toda prisão deve ser imediatamente comunicada ao juiz competente, bem como à família do preso ou a quem ele indicar[45] e o juiz, percebendo a ilegalidade da prisão, de pronto concederá *habeas corpus* de ofício, mandando soltar o preso,[46] razão de serem mantidos plantões judiciários em todos os fins de semana e feriados, sem interrupção.

---

40 Art. 5º LVIII – o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; [...].

41 Art. 5º LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal; [...].

42 Art. 5º XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; [...].

43 Art. 5º LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; [...].

44 Art. 5º LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; [...].
Súmula Vinculante 25 – É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

45 Art. 5º LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; [...].

46 Art. 5º LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; [...].

3. A prisão, como algo excepcional que é, não deve ser mantida se for possível a concessão da liberdade provisória.[47]
4. O preso deve ser cientificado de seus direitos.[48]
5. O preso deve ser informado sobre quem o está prendendo ou interrogando.[49]

Na verdade, toda lei processual civil ou penal consiste em limites ao exercício da jurisdição, mas uma análise mais profunda disso extrapola o âmbito deste trabalho.

A par dos mencionados limites, várias normas estabelecem responsabilidades para o Judiciário e seus membros, o que seguimos vendo.

6 A RESPONSABILIDADE COMO PRESSUPOSTO DO PODER NA DEMOCRACIA

A responsabilidade não é elencada como pressuposto do exercício do poder democrático como vimos anteriormente, mas ela está a ele ligada devido ao valor da liberdade, inspirador da ideia de democracia, como dito acima.

Assim é que Elena Tãnãsecu[50] lembra que a responsabilidade nada mais é que outra face da liberdade, significando a liberdade a possibilidade de atuar sem coerção. Ela ensina que a responsabilidade está ligada à relação do indivíduo com a comunidade e envolve a consciência e o cuidado do agente em relação a suas próprias ações e às consequências delas.

A ação irresponsável repugna ao Direito, tendo o Ministro Celso de Melo do Supremo Tribunal Federal dito que "***a responsabilidade dos juízes:*** [é] ***uma expressão do postulado republicano***",[51] razão de discutirmos tal questão no âmbito do Poder Judiciário, cuja importância "*avulta, se o olharmos sob o prisma das liberdades e direitos individuais, de que é* ***a primeira e principal garantia.***"[52] (Grifo nosso.)

---

47 Art. 5º LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; [...].

48 Art. 5º LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...].

49 Art. 5º LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; [...].

50 TÃNÃSECU, Elena Simina. p. 2. *On Responsibility in Public Law*.

51 MS 28.801-MC/DF. 02.08.2010.

52 Manoel Ferreira, obra citada, p. 243.

7 A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DO JUDICIÁRIO – CRIMES DE RESPONSABILIDADE

> Dispõe a Constituição da República
> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...].
> II. processar e julgar os **Ministros do Supremo Tribunal Federal**, os **membros do Conselho Nacional de Justiça** e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; [...]. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.) (Grifo nosso.)

Como se vê, à semelhança do que ocorre com o Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça respondem politicamente perante o Senado Federal.

Os Ministros dos tribunais superiores também respondem por crimes de natureza política, mas já perante o Supremo Tribunal Federal:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: [...]
> c) nas infrações penais comuns e nos **crimes de responsabilidade**, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, **os membros dos Tribunais Superiores**, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999). (Grifo nosso.)

Convém lembrar aqui que além de o Direito Penal ser matéria de competência legislativa exclusiva da União,[53] o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ampliação da possibilidade do *impeachment* para outras autoridades estaduais sem correspondente federal não é constitucionalmente viável:

> Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a **Assembleia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça** para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, **importando crime de responsabilidade a ausência injustificada** desse chefe de Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da **Constituição capixaba não seguiu o paradigma da CF, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos** – cuja aplicabilidade

53 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]. (Grifo nosso.)

> é sempre estrita ou materialmente inelástica – e **maculando o princípio da separação de Poderes**. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "Presidente do Tribunal de Justiça", inserta no § 2º e no *caput* do art. 57 da Constituição do Estado do Espírito Santo. (ADI 2.911, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 10.8.2006, Plenário, *DJ* de 2.2.2007.) (Grifo nosso.)

Uma ampliação ocorreu na Constituição da República por força da Emenda Constitucional 30 de 2000 que previu um crime de responsabilidade também para presidentes de tribunais em geral, regra repetida pela Emenda Constitucional 60 de 2009, estando hoje prevista no art. 100, § 7º, da Constituição da República:

> Art. 100, § 7º. O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009.)

Vejamos agora a responsabilidade fiscal do Judiciário.

8 A RESPONSABILIDADE FISCAL DO JUDICIÁRIO

A ideia de responsabilidade fiscal ganhou relevo com o art. 169 da Constituição da República,[54] o qual deu origem à Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar Federal 101/2000, embora já fosse de nossa tradição o controle pelo Poder Legislativo de todos os demais Poderes, inclusive o Judiciário, com o auxílio do Tribunal de Contas em questões financeiras.[55]

A Lei de Responsabilidade Fiscal previu uma série de obrigações que devem ser observadas pelo Poder Judiciário de forma a gerir as verbas públicas a ele destinadas com responsabilidade.

A Lei não deixa dúvidas de sua aplicação ao Poder Judiciário[56] e ela determina que deve haver o cumprimento de metas fiscais de resultado primário ou nominal, cabendo

---

54 Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

55 CONTI, José Maurício. *A Autonomia Financeira do Poder Judiciário*. p. 112. São Paulo: Ministério Público, 2006.

56 LC 101/2000 Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título

ao Judiciário limitar o empenho e a movimentação financeira segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias, sob pena de isso ser feito pelo Poder Executivo.[57] Essa ingerência do Poder Executivo foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.[58]

Tal lei também limitou as despesas totais com pessoal em cada esfera de governo[59] e tanto no âmbito federal quanto estadual limitou as despesas do Judiciário a esse título em seis por cento da receita corrente líquida da União ou do Estado-membro ao qual pertença.[60]

VI da Constituição. [...] § 3º Nas referências: I – à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos: a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público; (grifo nosso). Sobre isso: NASCIMENTO, Carlos Valder do. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Organizadores) *VV. AA.. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 4. ed. p. 26. São Paulo: Saraiva, 2009.

57 LC 101/2000. Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. [...] § 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

58 Liminar deferida para suspender o art. 9º, § 3º, na Adin 2238-5, ainda pendente de julgamento final. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2238&processo=2238>. Acessado em: 26.06.2010.

59 LC 101/2000 Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I – União: 50% (cinquenta por cento); II – Estados: 60% (sessenta por cento); III – Municípios: 60% (sessenta por cento).

60 LC 101/2000 Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais: I – na esfera federal: [...] b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; [...] II – na esfera estadual: b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; [...] § 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar. § 2º Para efeito deste artigo entende-se como órgão: [...] III – no Poder Judiciário: a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição; b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver. § 3º Os limites para as despesas com pessoal do Poder Judiciário, a cargo da União por

Cabe ainda ao Presidente de cada Tribunal e demais membros de Conselho de Administração ou órgão decisório equivalente, conforme regimentos internos dos órgãos do Poder Judiciário, emitir relatório de gestão fiscal a cada quadrimestre,[61] bem como prestar contas juntamente com o Poder Executivo.[62]

Essa última regra, prevista no art. 56 da Lei Complementar 101/2000 foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

> Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).** Medida provisória n. 1.980-22/2000. [...] Lei Complementar n. 101/2000. Vícios materiais. Cautelar deferida. [...] **Art. 56, caput: norma que contraria o inciso II do art. 71 da Carta Magna, tendo em vista que apenas as contas do Presidente da República deverão ser apreciadas pelo Congresso Nacional.** Art. 57: a referência a "contas de Poder", no § 2º do art. 57, evidencia a abrangência, no termo "contas" constante do caput do artigo, daqueles cálculos decorrentes da atividade financeira dos **administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, que somente poderão ser objeto de julgamento pelo Tribunal de Contas competente** (inciso II do art. 71 da Constituição). (ADI 2.238-MC, Rel. p/ o ac. Min. Carlos Britto, julgamento em 9-8-07, Plenário, DJE de 12.9.08.) (Grifo nosso.)

Assim, o Poder Judiciário continua submetido ao julgamento técnico pelo Tribunal de Contas, como era antes da Lei de Responsabilidade Fiscal, e não apenas ao julgamento político pelo Poder Legislativo, como ocorre

---

força do inciso XIII do art. 21 da Constituição, serão estabelecidos mediante aplicação da regra do § 1º.

61 LC 101/2000 Art. 54. Ao final de cada quadrimestre será emitido pelos titulares dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 Relatório de Gestão Fiscal, assinado pelo: [...] III – Presidente de Tribunal e demais membros de Conselho de Administração ou órgão decisório equivalente, conforme regimentos internos dos órgãos do Poder Judiciário; [...].

62 LC 101/2000 Art. 56. As contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, referidos no art. 20, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas. § 1º As contas do Poder Judiciário serão apresentadas no âmbito: I – da União, pelos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, consolidando as dos respectivos tribunais; II – dos Estados, pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça, consolidando as dos demais tribunais.

com o Chefe do Poder Executivo, o que foi estabelecido também em outro julgado:

> [...] No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/88; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88. Precedentes. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. (ADI 3.715-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 24.5.06.)[63]

Encerrando essa questão lembramos que a Lei Federal 10.028/2000 criou uma série de tipos penais, inclusive crimes de responsabilidade, para punir o descumprimento do disposto na Lei Complementar 101/2000, criando também novas modalidades de infração administrativa a serem punidas pelo Tribunal de Contas, submetendo em todos os casos também o Judiciário e seus membros.[64]

9 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MAGISTRADO

Aqui discutimos a responsabilidade civil da pessoa física do magistrado, seja ministro, desembargador ou juiz no exercício da judicatura.

A esse respeito dispõe a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar Federal n. 35/1979:

> Da Responsabilidade Civil do Magistrado
> Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:
> I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
> II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.
> Parágrafo único – Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.

---

63 Nesse sentido: MILESKI, Hélio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. p. 282. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

64 Sobre os crimes contra as finanças públicas vide: JESUS, Damásio E. Lei de Crimes contra as Finanças Públicas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Organizadores) *VV. AA.. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 4. ed. p. 621 e seguintes. São Paulo: Saraiva, 2009.

No que tange à possível prática de dano moral pelo magistrado, dispõe a mesma lei:

> Art. 41. **Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem** o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir. (Grifo nosso.)

Dessa forma, vê-se que o magistrado não goza de imunidade com relação à prática de danos morais por excesso ou impropriedade de linguagem, como ocorre com os parlamentares:

> Constituição da República, Art. 53. Os Deputados e Senadores **são invioláveis, civil** e **penalmente**, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Grifo nosso.)

Os parlamentares não praticam dano moral ou crimes contra a honra quando se manifestam no exercício da sua função, sendo essencial que tal manifestação tenha sido nesse exercício, tratando-se de prerrogativa irrenunciável como já afirmou o STF,[65] sendo que essa garantia não se estende ao co-réu, conforme súmula 245 do STF.[66]

A respeito da responsabilidade civil do magistrado julgou o Supremo Tribunal Federal:

> A autoridade judiciária **não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados**. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições –, **a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa**. Legitimidade passiva reservada ao Estado. (RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5.3.2002, Segunda Turma, *DJ* de 12.4.2002.) (Grifo nosso.)

O Supremo Tribunal Federal aí não disse que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional não tem validade ou que o magistrado tenha algum tipo de imunidade, apenas aplicou o art. 37, § 6º da Constituição da República que dispõe:

---

65 Inq. 510, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/04/91.

66 Súmula nº 245. A imunidade parlamentar não se estende ao co-réu sem essa prerrogativa.

> Art. 37 § 6º. As pessoas jurídicas de direito público, e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como se vê, o que o Supremo Tribunal Federal decidiu não é um privilégio para os magistrados, apenas afirmou que a ação deve ser proposta contra a pessoa jurídica de Direito Público à qual estiver ligado o magistrado, ressalvado o direito de regresso, regra que vale para todos os agentes públicos não protegidos por imunidades, como o são os parlamentares.

Outra modalidade de responsabilização que pode ser considerada civil, posto que discutida no âmbito do Judiciário em processo civil, é aquela prevista na Lei de Improbidade Administrativa, Lei Federal 8.429/1992, a qual todos os magistrados se submetem, integralmente.

10 A RESPONSABILIDADE PENAL DO MAGISTRADO

O magistrado responde penalmente como qualquer outro cidadão, inclusive por excesso de linguagem, como dito anteriormente, podendo praticar crime contra a honra, pois não tem a imunidade de que goza o parlamentar, como foi dito no item anterior.

A responsabilização penal do magistrado pode chegar à perda do cargo, como previsto pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional[67] e nos termos do Código Penal.[68]

O magistrado pode ser preso, como qualquer pessoa, por ordem escrita da autoridade judicial competente, ou seja, do Tribunal ou Órgão Especial competente para seu julgamento, como prevê o art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Também, como prevê a mesma lei, o magistrado poderá ser preso em flagrante de crime inafiançável, caso

---

67 Art. 26. O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado): I – em ação penal por crime comum ou de responsabilidade; [...].

68 Art. 92. São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1.4.1996) a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1.4.1996) b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1.4.1996) [...] Parágrafo único – Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação dele ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado. Hoje, com o advento da Lei 9.099/1995, qualquer pessoa praticamente não vai mais presa por crime afiançável.

Como ocorre com qualquer diplomado por faculdade superior da República e outras autoridades, o magistrado é recolhido à prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final, nos termos do art. 33, III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e o art. 295 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, o magistrado não goza de imunidade quanto à prisão, como ocorre com o parlamentar:

> Constituição Federal Art. 53 § 2º **Desde a expedição do diploma**, os membros do Congresso Nacional **não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável**. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001.) (Grifo nosso.)

Como se vê, os parlamentares estão imunes das prisões penais provisórias, ou seja, prisão temporária[69] e prisão preventiva,[70] diversamente dos magistrados.

O Presidente da República também tem imunidades penais de ordem formal.

Uma delas consiste no fato de que o Supremo Tribunal Federal não poderá

---

69 Lei 7.960/89, Art. 1º. Caberá prisão temporária: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986).

70 Código de Processo Penal, Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução

receber a denúncia contra o Presidente da República por crimes comuns sem a autorização de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados. Mas, se a denúncia for recebida, igual ao que ocorre no impeachment, o Presidente será afastado de suas funções, contudo aqui também se o feito não for julgado em cento e oitenta dias, ele retorna às funções, sem prejuízo do prosseguimento do feito. Deixou o STF claro que é possível processar o Presidente por crimes funcionais, mesmo no curso do mandato, se houver a mencionada autorização da Câmara.[71]

Também o Presidente não será preso, nem em flagrante de crime inafiançável, somente se sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns.

Já outra imunidade que parece ser material, mas não é, consiste no fato de que o Presidente, durante seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções, conforme prevê o art. 86, §4º, da CF.

A respeito disso disse o STF:

> O que o art. 86, § 4º, confere ao Presidente da República **não é imunidade penal, mas imunidade temporária à persecução penal:** nele **não** se prescreve que o **Presidente é irresponsável por crimes não funcionais praticados no curso do mandato**, mas apenas que, por tais crimes, não poderá ser responsabilizado, enquanto não cesse a investidura na presidência. Da impossibilidade, segundo o art. 86, § 4º, de que, enquanto dure o mandato, tenha curso ou se instaure processo penal contra o Presidente da República por crimes não funcionais, decorre que, **se o fato é anterior à sua investidura, o Supremo Tribunal não será originariamente competente para a ação penal, nem consequentemente para o habeas corpus por falta de justa causa para o curso futuro do processo.** Na questão similar do impedimento temporário à persecução penal do Congressista, quando não concedida a licença para o processo, **o STF já extraíra, antes que a Constituição o tornasse expresso, a suspensão do curso da prescrição, até a extinção do mandato parlamentar: deixa-se, no entanto, de dar força de decisão à aplicabilidade, no caso, da mesma solução, à falta de competência do Tribunal para, neste momento, decidir a respeito**. (HC 83.154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21/11/03.) (Grifo nosso.)

---

criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei n. 8.884, de 11.6.1994).

71 Inq 672-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/04/93.

Portanto, se o Presidente praticar ou tiver praticado um crime comum não funcional, antes ou durante o mandato,[72] ele não poderá ser processado enquanto durar o seu mandato, sendo esse o significado do art. 86, §4º, da Constituição Federal. Observe-se no acórdão citado que o STF já sinalizou no sentido da suspensão da prescrição, o que é essencial para evitar a impunidade.

O STF já se manifestou no sentido de que essa imunidade do Chefe de Estado, por ser uma exceção ao princípio republicano de igualdade entre todos, deve ser entendida de maneira restrita, não incluindo, portanto, os ilícitos civis, sejam de que natureza for,[73] bem como só pode ser instituída pela Constituição, sendo vedada sua ampliação pela lei.[74]

Essas imunidades penais supramencionadas não se estendem a governadores e prefeitos, ficando restritas ao Presidente da República, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> O Estado-Membro, ainda que em norma constante de sua própria Constituição, não dispõe de competência para outorgar ao Governador a prerrogativa extraordinária da imunidade à prisão em flagrante, a prisão preventiva e à prisão temporária, pois a **disciplinação dessas modalidades de prisão cautelar submete-se, com exclusividade, ao poder normativo da União Federal,** por efeito de expressa reserva constitucional de competência definida pela Carta da República. A norma constante da Constituição estadual – que impede a prisão do Governador de Estado antes de sua condenação penal definitiva – não se reveste de validade jurídica e, consequentemente, não pode subsistir em face de sua evidente incompatibilidade com o texto da Constituição Federal. (ADI 978, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/95.) (Grifo nosso.)

O magistrado, tal como os parlamentares e o Chefe do Executivo, tem a prerrogativa de foro especial, como dispõe a Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

> Art. 33. Parágrafo único – Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

A respeito dessa prerrogativa de foro decidiu o Supremo Tribunal Federal:

---

72 Inq 672-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/04/93.

73 Inq 672-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/04/93.

74 ADI 1.021, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/95.

> Crime de formação de quadrilha e peculato submetido ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça em razão do privilégio de foro especial de que gozava o primeiro acusado. **Preliminar de incompetência acolhida, em face de o referido réu já se encontrar aposentado**. Alegação de contrariedade ao art. 96, III, da CF, propiciando a subtração da competência do TJRJ para julgar Juiz de Direito que tenha se aposentado, mas que anteriormente já teria praticado os ilícitos penais objeto do processo a ser julgado. Com o cancelamento da Súmula 394, pelo Plenário do STF, cessa a competência especial por prerrogativa de função quando encerrado o exercício funcional que a ela deu causa, ainda que se cuide de magistrado. Precedente: Questão de Ordem no Inquérito n. 687-4. Com a aposentadoria cessa a função judicante que exercia e justificava o foro especial. (RE 295.217, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 8.4.02, 2ª Turma, *DJ* de 26.4.02.) (Grifo nosso.)

Assim, o magistrado perde a prerrogativa de foro ao se aposentar ou se por qualquer outro motivo deixar seu cargo, sendo que, em se tratando de magistrado estadual, a competência será do Tribunal de Justiça ao qual ele estiver vinculado, mesmo quando se tratar de crime federal:

> Nos termos do art. 96, III, da Constituição, compete aos **Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais, mesmo quando acusados de crimes de competência da Justiça Federal**. (HC 77.558, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16.3.99, 2ª Turma, *DJ* de 7.5.99.) (Grifo nosso.)

A única exceção à regra supra diz respeito à competência da Justiça Eleitoral.

> Competência por prerrogativa de função do Tribunal de Justiça para julgar crime contra a honra de magistrado estadual em função eleitoral, praticado por Juiz de Direito (CF, art. 96, III). Firme a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que a única ressalva à competência por prerrogativa de função do Tribunal de Justiça para julgar juízes estaduais, nos crimes comuns e de responsabilidade, é a competência da Justiça eleitoral: precedentes. (RE 398.042, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2.12.03, 1ª Turma, *DJ* de 6.2.04.) (Grifo nosso.)

11 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO MAGISTRADO PERANTE SUA PRÓPRIA CORREGEDORIA

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional exige no seu art. 21, V, que cada tribunal exerça a disciplina sobre os órgãos e serviços que lhes forem subordinados.

Tal atividade é chamada de corregedoria, tendo os tribunais sua Corregedoria Geral da Justiça para os magistrados de Primeiro Grau, res-

pondendo os desembargadores perante o Órgão Especial ou o Pleno, onde não houver tal órgão.

À Corregedoria compete fornecer normas e orientações para o aprimoramento do serviço judiciário, não apenas lhe cabendo questões disciplinares, sendo que nessas últimas a Corregedoria age de ofício ou mediante provocação

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional determina que "a atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado" (art. 40), sendo que, "salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir" (art. 41).

As penas previstas pela mesma lei em termos administrativos são:

1. Advertência (somente aplicável aos Juízes de primeira instância).
2. Censura (somente aplicável aos Juízes de primeira instância).
3. Remoção compulsória;
4. Disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.
5. Aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.
6. Demissão.

A pena de advertência deve ser aplicada reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo, já a de censura será aplicada na mesma forma, mas no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave. O Juiz punido com a pena de censura não pode figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de um ano, contado da imposição da pena.

A remoção e a disponibilidade, por serem mais severas, têm regras próprias:

> Art. 45. O Tribunal ou seu órgão especial poderá determinar, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros efetivos:
> I – a remoção de Juiz de instância inferior;
> II – a disponibilidade de membro do próprio Tribunal ou de Juiz de instância inferior, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

Essa regra foi alterada parcialmente pela Emenda Constitucional 45/2004, a qual diminuiu o quorum para a aplicação de penas:

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

> VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) [...].

A pena de demissão, como previa a Lei Orgânica, poderia ser aplicada administrativamente a magistrados vitalícios nos casos previstos art. 26, I e II,[75] e, nos casos de não vitalícios, por falta grave prevista no art. 56 da mesma lei.[76] Os vitalícios podiam ser punidos pelas falhas previstas no art. 56, mas não com demissão.

Ocorre que a Constituição da República de 1988 afastou a possibilidade de a demissão ocorrer por decisão administrativa no caso de magistrados vitalícios:

> Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:
>
> I – **vitaliciedade**, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, **dependendo a perda do cargo**, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, **nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado**; [...]. (Grifo nosso.)

Restou como a mais alta penalidade administrativa a aposentadoria compulsória, o que deu origem à Proposta de Emenda à Constituição nº 89 de 2003, aprovada recentemente no Senado Federal onde se lê na justificação:

> Recentemente a sociedade brasileira vivenciou uma situação absurda relacionada a medidas disciplinares adotadas em relação aos magistrados no âmbito do Poder Judiciário. A Corte Especial do Tribunal Regional Federal de Brasília aposentou, compulsoriamente, dois juízes, acusados de participação em esquema de vendas de sentenças a traficantes de drogas. Assistimos, estupefatos, a menciona-

---

75 Art. 26. O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado): I – em ação penal por crime comum ou de responsabilidade; II – em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes: a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular; b) recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento; c) exercício de atividade politico-partidária.

76 Art. 56. O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado: I – manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; II – de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; III – de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

> da Corte proferir a sentença, segundo ela, de pena máxima aos acusados**: a aposentadoria. Ora, é inegável que, neste caso, houve, isto sim, agraciamento e premiação, concedidos com proventos vitalícios a juízes acusados de corrupção**. Tal fato contribui para a constatação de que, indubitavelmente, nossos magistrados dispõem, hoje, de garantias institucionais de feições extremamente paternalistas. O senso da moralidade nos indica que, neste caso específico, a pena administrativa mínima aceitável seria a perda do cargo.[77] (Grifo nosso.)

Propondo a justificação que o Judiciário deve cortar na própria carne, pretende-se permitir a demissão de magistrados vitalícios por decisão administrativa do respectivo tribunal.

Ao autor do presente também repugna a aposentadoria compulsória como pena, pois dá mesmo uma sensação de prêmio àqueles que receberam e não honraram o fato de terem sido ungidos para o sacerdócio da Magistratura.

Ocorre que, em nosso entender, a solução seria acabar com essa "pena" pura e simplesmente, mas não revigorando norma do período ditatorial, como era a prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, pois isso equivaleria a derrubar a casa para acabar com os ratos.

Além disso, o Judiciário já corta na própria carne, pois como se vê no art. 95, I, os vitalícios podem ser demitidos sim, mas por sentença, ou seja, por ato judicial.

A vitaliciedade é uma garantia da cidadania de ter um juiz não sujeito a pressões e, portanto, com mais possibilidade de ser imparcial e não um privilégio odioso daquele que exerce o cargo de magistrado.[78]

Manoel Ferreira é incisivo ao dizer que "a independência do Judiciário é uma necessidade da liberdade individual", sendo que "as garantias referentes ao Judiciário como um poder visam essencialmente a estabelecer sua independência" com relação aos demais Poderes. Lembra o mestre ainda que "é característica desse poder, todavia, que esse órgão supremo *propriamente* [a instância superior e no último grau o STF] *não comande os* [magistrados] *inferiores, cuja* ***independência*** *é, aliás,* ***garantida também contra ele***" (grifos nossos).[79]

---

77 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=64097>. Acessado em: 26.08.2010.

78 Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. p. 463. São Paulo: Atlas, 2006.

79 Obra citada, p. 246-248.

Em razão disso a vitaliciedade merece maior proteção, sendo evidente que um processo judicial é revestido muito mais dos atributos da ampla defesa e do contraditório que um procedimento administrativo pode ser.

Convém lembrar que tem a mesma garantia os Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas e os membros do Ministério Público, pelas mesmas razões que as têm os magistrados.

Como as garantias do Judiciário são garantias dos direitos individuais, nos parece que a mencionada emenda à Constituição seria inconstitucional por ferir o art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República.[80]

12 A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO MAGISTRADO PERANTE O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado como controle externo do Judiciário pela Emenda Constitucional 45/2004[81] sob a alegação de que o Judiciário não tinha controle, o que não correspondia aos fatos, como se viu no decorrer da exposição deste trabalho, pois as regras abordadas até aqui são quase todas anteriores à mencionada emenda. Tal ocorrência apenas demonstra a correção de antiga ideia vigente no marketing político de que uma mentira repetida mil vezes se torna verdade.

A criação do Conselho causou grande resistência por parte dos magistrados, mas hoje tal não mais existe tanto, pois o Conselho Nacional de Justiça tem se mostrado muito útil na melhora do serviço judiciário.

Encerrando a discussão do cabimento ou não da existência do Conselho, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a sua constitucionalidade:

> Ação direta. EC 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função juris-

80 Art. 60 [...] § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais. [...].

81 Constituição da República, Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – O Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

> dicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8.12.2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13.4.2005, Plenário, *DJ* de 22-9-2006.)

Tal Conselho exerce atividade disciplinar sobre os magistrados, quando então tem poderes para aplicar sanções, como prevê a Constituição:

> Art. 93. VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Mas o Conselho não tem poder para determinar a demissão de magistrado, como fixou o Supremo Tribunal Federal:

> Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Competência. Magistratura. Magistrado vitalício. Cargo. Perda mediante decisão administrativa. Previsão em texto aprovado pela Câmara dos Deputados e constante do Projeto que resultou na EC 45/2004. Supressão pelo Senado Federal. Reapreciação pela Câmara. Desnecessidade. Subsistência do sentido normativo do texto residual aprovado e promulgado (art. 103-B, § 4º, III). Expressão que, ademais, ofenderia o disposto no art. 95, I, parte final, da CF. Ofensa ao art. 60, § 2º, da CF. Não ocorrência. Arguição repelida. Precedentes. Não precisa ser reapreciada pela Câmara dos Deputados, expressão suprimida pelo Senado Federal em texto de projeto que, na redação remanescente, aprovada de ambas as Casas do Congresso, não perdeu sentido normativo. (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13.4.2005, Plenário, *DJ* de 22.9.2006.)

Além disso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a função disciplinar do CNJ tem caráter subsidiário devido ao princípio da autonomia do Judiciário, só podendo o Conselho atuar disciplinariamente contra magistrado se ocorrerem "situações anômalas e excepcionais registradas no âmbito dos tribunais em geral (hipóteses de inércia, de simulação investigatória, de procrastinação indevida e/ou de incapacidade de atuação)".[82]

Esse Conselho também tem baixado várias normas para regular a atividade do magistrado, o que o Supremo Tribunal Federal tem reconhe-

82 MS 28.801-MC/DF. Relator Ministro Celso de Melo. 02.08.2010.

cido como válidas,[83] mas o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que esse tipo de órgão não pode ser recriado no âmbito dos Estados:

> É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades. (Súmula 649.)

Tal posicionamento se deve, entre outros motivos, ao fato de que a Magistratura no Brasil é nacional, sendo que as divisões internas têm apenas relevância para fins de estabelecimento de competência.

13 A RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO POR ERROS JURÍDICOS

O Direito não é uma ciência exata, muito pelo contrário, assim, em termos jurídicos, soa no mínimo estranha a expressão "erro jurídico", a qual empregamos por razões retóricas.

Com efeito, muitas vezes aquilo que parece ser um "erro jurídico" pode na verdade ser uma interpretação criativa e de vanguarda, sendo comum o voto vencido tornar-se voto vencedor na medida em que o tempo avança.

A título de exemplo pode-se pinçar o que ocorreu com a união de homens e mulheres fora do casamento. Quando tais questões surgiram nos tribunais, essas uniões foram consideradas imorais e nenhum direito foi reconhecido como delas decorrente. Contudo, aos poucos, votos vencidos foram surgindo para reconhecer a existência de direitos e a situação evoluiu ao ponto de a união estável tornar-se constitucionalmente consagrada e socialmente respeitada, como é hoje.

Por isso tudo, no campo do Direito é mais correto se falar em ponto de vista ou opinião, sem os qualificativos de "certo" ou "errado", posto que eles não fazem sentido juridicamente falando.

Nesse sentido, a lição de Rui Barbosa lembrada pelo Ministro Paulo Brossard, no MS 214431/160 do Supremo Tribunal Federal:

> [...] em todas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em ultimo lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar, mas

83 MS 25.938, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24.4.2008, Plenário, DJE de 12.9.008 e ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 20.8.2008, Plenário, DJE de 18.12.2009.

> a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma cousa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isto é humano [...].

Completou o Ministro no mesmo julgado com humildade: "O STF também erra. E errando em último lugar, só escassamente haverá meio de corrigir o erro, por meio de rescisória ou revisão criminal".

Como foi visto neste texto, o magistrado responde quando agir com dolo, fraude ou impropriedade de linguagem, não havendo e nem podendo haver punição advinda de interpretações da lei, mesmo que reputadas equivocadas, sob pena de se inviabilizar o funcionamento do Judiciário e retirar a independência do magistrado.

A importância dessa independência foi ressaltada pelo Ministro Celso de Mello:

> [...] É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do **"officium judicis", sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis**. A independência judicial – que tem, no art. 41 da LOMAN, um de seus instrumentos de proteção – traduz, no Estado democrático de direito, condição indispensável à preservação das liberdades fundamentais, pois, **sem juízes independentes, não há sociedades nem instituições livres**. (Inq 2699 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em: 12.03.2009, DJe-084 DIVULG 07.05.2009, PUBLIC 08.05.2009 EMENT VOL-02359-01 PP-00136 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 469-479.) (Grifo nosso.)

Como normalmente em um processo, há, pelo menos, duas partes em litígio e o juiz decide contra uma ou contra outra ou às vezes até contra as duas, pelo menos metade dos participantes do feito, se não todos, entenderão que o magistrado errou. Daí se percebe que punições por "erro jurídico" não tem o menor cabimento.

Para "erros jurídicos" o remédio é o recurso, não representação ou punição do magistrado.

14 OUTRA RESPONSABILIDADE DO JUDICIÁRIO

O magistrado tem uma responsabilidade moral com as consequências de suas decisões, como bem demonstram as palavras sempre memoráveis do Desembargador Alves Braga:

> As ordens dadas devem ser sempre razoáveis para que sejam cumpridas. Vem à lembrança o Rei do asteróide de que fala Saint Exupéry ao advertir o Pequeno Príncipe, que tinha direito

> de exigir obediência porque suas ordens eram razoáveis.
> No exercício da judicatura deve ser presente o conselho do PADRE BERNARDES: "quem faz tudo o que pode, está muito perto de fazer o que não pode". DIOGO DE TEIVES, por sua vez, nos conselhos aos príncipes portugueses, advertia que só a virtude faz o soberano, lembrando das cautelas e limitações no uso do poder:
> *"Não queira fazer tudo quanto pode,*
> *Mas só quanto convém, quanto for justo,*
> *E aqui de seu poder ponha limites,*
> *E que entenda que também fica sujeito*
> às *leis que ele mandou que se guardassem."*[84]

Assim, por exemplo, há julgados do STJ que disseram que as questões relativas às finanças públicas são irrelevantes em casos de pedidos de medicamentos,[85] porém se espera do magistrado uma preocupação conglobante em suas decisões.

Não se espera que o magistrado preveja o futuro, mas sim que, como pessoa média, anteveja o que possa acontecer em virtude das decisões tomadas e realize suas ações sempre em prol do maior bem coletivo.

15 A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ERROS JUDICIÁRIOS

A responsabilidade estatal por ato de seus agentes é de regra objetiva, como dispõe a Constituição da República:

> Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma ressalva em caso de atos de magistrados:

> O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes. (RE 553.637-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4.8.2009, Segunda Turma, *DJE* de 25.9.2009.)

Tal decisão não afasta a possibilidade da responsabilidade subjetiva

84 RJTJESP 118/612.

85 AgRg na MC 11.805/RJ; e RMS 23.184/RS

do Estado, nem a responsabilidade previamente estabelecida pela Constituição para quem sofrer dano por erro judiciário em processo penal:

> Art. 5º. LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; [...].

Nesse caso, a responsabilidade é objetiva, pois seria um dos casos previstos na decisão do Supremo Tribunal Federal em que esse tipo de responsabilidade se aplicaria.

CONCLUSÕES

Neste estudo observamos que o Poder Judiciário é uma função do Poder do Estado, este uno, indivisível e indelegável, diferenciando-se a função judicial da administrativa pelo método de trabalho e pela consequência, pois essa última produz coisa julgada, enquanto que a primeira não o faz, sendo que a Constituição de 1988 colocou o Judiciário como guardião e intérprete máximo dela mesma.

Vimos que a legitimidade democrática do Poder Judiciário, como ocorre com os demais poderes, decorre do sistema criado pelo Poder Constituinte para a composição de cada Poder, havendo em cada sistema maior ou menor participação popular, mas tendo os três a mesma validade, posto que oriundos da mesma fonte.

Continuamos o trabalho notando que o Judiciário, na sua atuação como legislador negativo, ou como legislador positivo, afeta as políticas públicas.

Vimos que o Supremo Tribunal Federal opta pela função judiciária como legislador negativo, porém, conforme lhe impôs o Poder Constituinte, não se furta em combater a negligência, exigindo o cumprimento da Constituição, principalmente em se tratando de normas autoaplicáveis cujo conteúdo seja possível extrair da Constituição e leis vigentes.

O Sistema constitucional brasileiro, além disso, tem paulatinamente se aproximado do sistema de *Common Law*, também denominado de "*judge made Law*", com a ressaltada importância que o precedente judicial vem recebendo ao longo dos anos.

Toda a lei processual, como estudamos, serve de limite à atuação do Poder Judiciário, além de normas especificamente previstas na própria Constituição como direitos fundamentais.

Definimos que a responsabilidade é a outra face da liberdade, sendo essa última um dos dois valores principais da democracia, o que nos autoriza a concluir que a responsabilidade é essencial em um sistema que se deseja democrático.

Daí podemos ver que o Judiciário tem as seguintes responsabilidades, inclusive com muito mais ênfase e muito menos prerrogativas que os demais Poderes em vários pontos:

1. Responsabilidade política por crimes de responsabilidade.
2. Responsabilidade fiscal na administração da verba pública a ele destinada.
3. Responsabilidade civil de seus membros.
4. Responsabilidade penal de seus membros.
5. Responsabilidade administrativa perante seus tribunais.
6. Responsabilidade administrativa perante o Conselho Nacional de Justiça.
7. Outra responsabilidade consistente na constante obrigação de se preocupar com as consequências de suas decisões.

Na questão da responsabilidade vimos ainda que o magistrado não pode ser punido pelo que for reputado como "erro jurídico" porque isso não faria sentido.

Finalmente, constatamos que a responsabilidade estatal por erros judiciários não é objetiva, como normalmente ocorre, salvo no caso de expressa disposição legal, o que acontece com o erro judiciário penal, cuja indenização é constitucionalmente prevista.

Lembramos que a imprensa tem noticiado punições aplicadas a magistrados que não cumprem seu dever, o que é muito salutar para as instituições democráticas e para o prestígio do próprio Poder Judiciário. Porém, a imprensa nem sempre acompanha o desenrolar dos fatos, razão de muitas vezes ficar uma sensação de impunidade, a qual nem sempre estaria correspondendo à realidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BAUM, Lawrence. A *Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAGGIANO, Monica Herman**.** *A Jurisprudência Constitucional sobre Matéria Eleitoral***.** Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Controle_de_consti_2008_processo_constitucional_publ_mackenzie.pdf>. Acessado em: 26.08.2010.

CINTRA, Antônio C. de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

COLE, Charles D. Stare Decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do Common Law. In: *Revista dos Tribunais*. Fascículo Cível, Ano 87, V. 752, junho de 1998, p. 11-21.

CONTI, José Maurício. *A Autonomia Financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: Ministério Público, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. Sem local: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HOURQUEBIE, Fabrice. *Sur l'émergence du Contre-pouvoir Juridictionnel sous La Vème République*. Bruxelles: Bruylant, s.d.

JAMES, Philip S. *Introduction to English Law*. Twelfth Edition. London: Butteerworths, 1989.

JESUS, Damásio E. Lei de Crimes contra as Finanças Públicas. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Organizadores.) *VV. AA.. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, Roger Stiefelmann. A Judicialização da Política. In: *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional nº 29, outubro/dezembro de 1999, p. 230-237.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Organizadores.) *VV. AA.. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILESKI, Hélio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpreta e Legislação Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NALINI, Renato. *A Rebelião da Toga*. Campinas: Millennium, 2006.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 4. ed. Saint Paul: West Publishing, 1991.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *O Judiciário como Poder Político no Sé-*

culo XXI. In Boletim da Faculdade de Direito. Stvdia Ivridica 40, Colloqquia 2. "Portugal – Brasil Ano 2000. Tema Direito". Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 11 a 26.

SABSAY, Daniel A.; ONAINDIA, José M. *La Constitucion de los Argentinos*. 3. ed. Buenos Aires: Errapar, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TÃNÃSECU, Elena Simina. *On Responsibility in Public Law*.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SITES VISITADOS NA INTERNET

National Archives and Records Administration: http://www.archives.gov/.

Senado Federal: www.senado.gov.br.

Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br.

Tribunal Superior Eleitoral: www.tse.jus.br.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA AOS CULTOS E A LIBERDADE DE CRENÇA EM UM ESTADO LAICO

Fabiane Simioni[1]

1 APONTAMENTOS TEÓRICOS SOBRE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

> *Creio que a essência do fanatismo reside no desejo de forçar as outras pessoas a mudarem. [...] O fanático é uma criatura bastante generosa. É um grande altruísta. Frequentemente, o fanático está mais interessado em você do que nele próprio. Ele quer salvar sua alma, quer redimi-lo, quer libertá-lo do pecado, do erro, do fumo, de sua fé ou de sua falta de fé, quer melhorar seus hábitos alimentares ou curá-lo de seus hábitos de bebida ou de voto. O fanático importa-se muito com você, ele está sempre ou se atirando no seu pescoço, porque o ama de verdade, ou apertando sua garganta, caso você prove ser irrecuperável. E, de qualquer modo, falando topograficamente, atirar-se no pescoço de alguém ou apertar sua garganta é quase o mesmo gesto.*
> (OZ, Amós. *Como curar um fanático*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.)

Se o fanatismo é considerado generoso e altruísta por Oz (2004), não muito distante está a política fiscal brasileira quando se trata das imunidades tributárias relativas aos cultos e templos religiosos, chancelada pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Martins (1993, p. 39), a imunidade tributária tem por objetivo impedir que os poderes tri-

1 Doutoranda em Direito (UFRGS/CAPES), membro da Red Iberoamericana por las Libertades Laicas.

butantes, pressionados por seus déficits orçamentários e a busca incansável por receita, invadam áreas que no interesse da sociedade devam ser preservadas e mantidas.

Nesse sentido é que a Constituição Federal de 1988 impede a arrecadação de tributos sobre templos de qualquer culto; patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da Lei; livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

A proposta deste ensaio é analisar a imunidade tributária conferida aos templos de qualquer culto. Para tanto, discute-se a imunidade conferida no artigo 150, inciso VI, alínea "b" da Constituição Federal de 1988, a partir da afirmação do Estado brasileiro enquanto um Estado laico. Nesse sentido, propõe-se a seguinte questão norteadora: a imunidade atribuída aos templos, na contemporaneidade brasileira, se presta à finalidade de garantia do respeito à liberdade de crença e de culto, ou seja, da liberdade religiosa?

O disposto na alínea "b" do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal veda a instituição de imposto sobre "templos de qualquer culto". O templo é o local onde são prestados cultos religiosos. Em princípio, o templo compreenderia o imóvel dedicado ao culto (o terreno e o prédio), e a vedação de arrecadação tributária abrangeria apenas os impostos incidentes sobre imóveis.

No entanto, o parágrafo 4º do artigo 150 da Constituição, ao determinar que o disposto nas alíneas "b" e "c" do inciso VI "compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas", permite uma interpretação mais extensa do conteúdo da imunidade, de forma a abranger a "renda do templo", o "patrimônio do templo" e os "serviços do templo", de acordo com Marton (2004).

Se o templo não tem personalidade jurídica e o imóvel destinado aos cultos religiosos pertence a uma organização religiosa, tal organização não pode sofrer a incidência de impostos que vise a tributar o imóvel em questão, ou a renda auferida em decorrência do culto ou que se destine ao culto, ou os serviços integrantes da atividade religiosa em si mesma considerada.

O dispositivo do parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição não se refere a templos, nem a organizações religiosas. Com efeito, o mencionado dispositivo dispõe que: "São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei".

Observa-se, primeiramente, que a imunidade do inciso VI do artigo 150

refere-se a imposto, enquanto o § 7º do artigo 195 diz respeito a "contribuição para a seguridade social". Em segundo lugar, o disposto no mencionado § 7º aplica-se a "entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei", não havendo qualquer menção a "templos de qualquer culto". Portanto, nenhuma relação existe entre os dois dispositivos citados.

A imunidade conferida aos templos não se funda, portanto, no caráter assistencialista ou assistencial de algumas das práticas que compõem o repertório das organizações religiosas, como querem crer alguns autores.

Assim, temos que o alcance da imunidade estaria limitada (i) aos imóveis que guarnecem as entidades religiosas nas suas práticas de culto; (ii) a renda auferida em decorrência do culto ou que se destine ao culto; (iii) aos serviços integrantes da atividade religiosa em si mesma considerada.

Entretanto, atualmente, no Brasil, há uma diversidade de práticas religiosas que se desenvolvem dentro e fora dos templos.

2 PRÁTICAS RELIGIOSAS: O CULTO E O TEMPLO

As formas de religiosidade são muito distintas entre si, embora seja possível encontrar semelhanças e pontos de contato em pelo menos muitas delas: a referência ao transcendente, ao sobrenatural, ao absoluto. Por força dessa sua natureza, ela é capaz de liberar energias incontroláveis, surgindo, historicamente, ligada ao que existe de melhor e de pior na história da humanidade.

Essa abertura ao transcendente está longe de traduzir a ideia de liberdade religiosa.

Assim, temos o que se poderia categorizar como uma história da ideia de liberdade religiosa:

1. No Cristianismo, com a máxima "à Cesar o que é de Cesar, à Deus o que é de Deus", temos a afirmação dos direitos da Igreja em relação ao Estado (momento hierocrático).
2. Afirmação dos direitos do Estado sobre a Igreja (momento regalista).
3. Afirmação dos direitos dos cidadãos relativamente ao Estado e à Igreja (momento constitucional).

A análise das imunidades tributárias relativas aos templos de qualquer culto religioso tem como pressuposto jurídico-constitucional a necessidade de respeito aos valores constitucionais da igual dignidade e igual liberdade de todo/toda o/a cidadão/cidadã.

Para tanto, apoiamo-nos no postulado da razão pública, nos termos pro-

postos por Rawls e Habermas, a fim de demonstrar que:

1. a imunidade tributária de templos de quaisquer cultos e religiões se expressa como uma prática cultural brasileira que abrange um complexo de atividades instrumentais, não caracteristicamente religiosas, mais ou menos próximas da atuação religiosa;
2. as pretensões das confissões religiosas se encontram limitadas pelo direito de autonomia religiosa individual, ou liberdade de crença.

A razão pública rawlsiana é sustentada pela cultura política, ideias e princípios fundamentais, compartilhados por uma sociedade democrática. Para Habermas (2003), desde a perspectiva da teoria do agir comunicativo, o consenso racional repousa sobre o reconhecimento intersubjetivo de pretensões validamente criticáveis.

Convém destacar, desde logo, que não se pretende fazer uma crítica às posições doutrinárias das diferentes concepções religiosas. Entretanto, é necessário trazer ao debate os usos da doutrina religiosa, na construção de argumentos jurídicos em sociedades nas quais essa doutrina goza de prestígio e privilégio.

Seguindo na linha de Sabbag (2009), o culto é a manifestação de uma prática religiosa. Essa manifestação pode ser do âmbito privado, mas também pode ser coletiva, na medida em que um grupo de indivíduos que compartilhem as mesmas práticas e crenças religiosas, se reúnem em local público, o templo. Na acepção moderna, o templo se constitui das coisas e das pessoas que se organizam para a manutenção de um culto e das práticas religiosas compartilhadas.

O conceito de templo terá, portanto, fundamental importância para a interpretação das imunidades tributárias. Desta forma, caberá ao julgador, no caso concreto, verificar o que é passível de imunidade, de acordo com os fins postulados pela Constituição Federal, e assim concretizar a justiça fiscal aos templos de qualquer culto.

3 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA *LIBERTAS RELIGIONIS*

No Império Romano, todos os cultos eram tolerados, desde que o cidadão romano aceitasse o culto ao Imperador. Os primeiros cristãos que se recusavam a oferecer sacrifícios pagãos eram condenados à morte. Nesse contexto, autores cristãos começam a falar de *libertas religionis:* havia a necessidade de respeito por um perímetro de privacidade individual, dentro do qual a opção de fé deveria permanecer inatacável (Machado, 1996).

A partir do século VI são editadas leis de tolerância, reconhecendo

o direito de existência de templos e autorizando sua reconstrução. Constantino, em 312 d.C. se converte ao cristianismo e coloca o seu poder a serviço de sua nova fé. A partir de então, os éditos consagram o princípio da liberdade religiosa, nas suas dimensões de liberdade de crença e de culto (Machado, 1996).

O Cristianismo se torna a *religio ufficiale*, com Teodósio, em 380 d.C., cujo propósito era assegurar a paz terrena, a legitimidade do poder temporal, a estabilidade das instituições, a integração e a coesão do tecido social. As funções públicas, portanto, são cada vez mais confundidas com as religiosas, num verdadeiro processo de "cristianização do império" (Machado, 1996).

Os cristãos passaram de perseguidos para uma posição política e jurídica privilegiada. Os membros do clero cristão passam a beneficiar-se de uma proteção jurídica especial e de imunidades fiscais e jurisdicionais. Os não-cristãos, pagãos e hereges são alvo de intolerância formal, no plano jurídico, pela utilização de instrumentos públicos de coação e exclusão. É ordenada a destruição de todos os templos de culto pagão, bem como são confiscados seus bens (Machado, 1996).

Tem início a tradição de proteção à igreja cristã às custas do sacrifício da liberdade das outras crenças.

No Estado absolutista, o rei era a representação de todo poder estatal, sendo que ele concedia benesses a algumas classes em razão de seus interesses. Assim era na França, até o século XVIII, onde se tributavam apenas o Terceiro Estado, isto é, a burguesia, o proletariado e os camponeses enquanto a nobreza e o clero, representantes do Primeiro e Segundo Estados respectivamente, quase não eram tributados.

Nesse tipo de Estado a imunidade "significava um autêntico privilégio dos nobres e da Igreja frente ao poder do Rei". A luta pela manutenção ou extinção desses privilégios foi um "fator que contribuiu para a deflagração da Revolução Francesa". Com ela instala-se o Estado de Direito, que tem como principal característica a primazia da lei, que serve como instrumento de proteção do cidadão contra o próprio Estado.

Os revolucionários franceses aboliram regalias do clero e da nobreza. Isso não quer dizer que todos os cidadãos franceses passaram a ter direitos iguais, já que a Revolução acabou por privilegiar os setores mais ricos da burguesia.

O direito de liberdade religiosa integra, para fins históricos, o catálogo dos direitos de primeira dimensão: das liberdades e garantias.

Já na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu artigo 18 assim proclama: "Todo homem tem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião;

este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular".

O direito à liberdade religiosa pretende, fundamentalmente, recortar em torno dos indivíduos e de grupos um perímetro de liberdade de opção e atuação religiosa que o Estado não pode vulnerar. Como corolários do direito à liberdade religiosa temos o direito subjetivo de defesa e normas de competência negativa (Machado, 1996, p. 198-9).

Com as revoluções do século XVIII consolida-se o Estado Fiscal, configuração específica do Estado de Direito, e o conceito de imunidade tributária se transforma radicalmente. Deixa de ser forma de limitação do poder do Rei pela Igreja e pela nobreza para se transformar em limitação do poder tributário do Estado pelos direitos preexistentes do indivíduo.

Em tempos de laicidade e de acepção moderna de imunidade tributária como um direito subjetivo do contribuinte imune de não pagar tributos, não se fala mais em privilégio, mas em um instituto que "preexistindo ao poder tributário como qualidade essencial da pessoa humana e correspondendo ao direito público subjetivo que erige a pretensão à incolumidade diante da ordem tributária objetiva" (Costa, 2006, p. 27).

Na teoria, laicidade é o regime social de convivência, na qual as instâncias políticas são legitimadas pela soberania popular e não mais pelas instituições religiosas. Nesse sentido, a governança política não adere a nenhuma opção filosófica ou religiosa, ela não exige de ninguém tal adesão como condição para a associação política. A laicidade se realiza onde a diversidade de crenças e de pertencimentos podem se exprimir e, idealmente, se harmonizar. (Lorea, 2008). Na mesma linha de raciocínio, Blancarte (2008) afirma que os defensores de um Estado laico tem a tarefa constante de relembrar a legisladores e funcionários públicos que suas funções devem ser exercidas de acordo com o interesse público, definido pela vontade popular da maioria, sem, todavia, excluir os direitos das minorias.

Nesse sentido, Tepedino (1994, p. 12) afirma que, ao conceder uma imunidade, a Constituição não está concedendo um benefício, mas tutelando um valor jurídico tido como fundamental para o Estado. Daí porque a interpretação das alíneas do artigo 150, inciso VI, da Constituição Federal de 1988 deve ser ampla e teleológica, nunca restritiva e literal.

Dessa forma, a tutela constitucional do valor liberdade de crença deve estar em harmonia com os demais valores, sobretudo quanto à igual dignidade e igual liberdade de todo/toda cidadão/cidadã.

4. ATIVIDADES COM FINS ECONÔMICOS E LIVRE CONCORRÊNCIA

Desde a criação das igrejas primitivas, sabe-se que todas necessitam de recursos financeiros para a manutenção de suas práticas e para a missão de evangelização ou conversão de outros indivíduos que não compartilham das mesmas crenças.

Portanto, é consequência desses propósitos, o desenvolvimento de atividades econômicas para que os cultos organizados em templos promovam suas práticas e sua religiosidade.

Se, no início, a Igreja Católica vendia um pequeno pedaço do céu aos seus fiéis na promessa da vida eterna, hoje, quaisquer igrejas contam com um arsenal de artefatos comercializáveis: de livros, santos e velas a CD's, DVD's, e merchandising em programas de rádio e televisão. São atividades com fins lucrativos, as quais recairá a incidência tributária, quando as mesmas estão longe da finalidade essencial dos cultos.

Concordamos com Sabbag (2009), quando o autor refere que diante da evidência de prejuízo à livre concorrência na atividade econômica desenvolvida pelos templos e cultos, é necessário investigar sobre a abrangência da imunidade tributária em uma situação como essa.

De outra forma, não seria possível impedir ou vedar a prática de tais atividades econômicas. Porém, estas devem respeitar o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, de forma que não causem prejuízo ao princípio da concorrência, e que os recursos obtidos sejam totalmente aplicados para suas atividades essenciais.

A atividade comercial (com fins econômicos) dos templos, não pode violar o princípio concorrencial, prejudicando os demais empresários que não podem se valer da imunidade tributária, causando, deste modo, uma afronta ao princípio da igualdade.

O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que à exceção dos templos em que são realizadas as celebrações religiosas e das dependências que servem diretamente a estes fins, é legítima a cobrança de IPTU relativamente a lotes vagos e prédios comerciais de entidades religiosas (RE 325.822-SP).

Tal interpretação tem se consolidado no campo jurisprudencial. Mas nem sempre foi assim. As diversas constituições que o Brasil teve demonstram uma ambivalência no tratamento da questão.

5. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA IMUNIDADE AOS CULTOS E TEMPLOS RELIGIOSOS

A Constituição do Império de 1824 declarou abertamente que a reli-

gião oficial era a Católica Apostólica Romana, sem fazer qualquer referência à imunidade tributária:

> Art. 5º. A religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.

A Constituição Política do Império do Brasil, portanto, fundou um Estado confessional brasileiro que duraria mais de sessenta anos. Sob o aspecto da estrutura fiscal, é possível vislumbrar, quanto às imunidades tributárias, uma transferência da aplicação das regras jurídicas então em vigor em Portugal. Quanto aos tributos e suas isenções e imunidades, existia também uma pensão concedida para a capela imperial pelo Alvará de 20 de agosto de 1808, que na verdade era um estímulo em dinheiro concedido pelo Estado para instituições católicas (Balthazar, 2005, p. 72).

No período da Regência (com a abdicação de Dom Pedro I em 7 de abril de 1831 até 1840, quando, então, Dom Pedro II é entronado) houve certo avanço, pois se implementou uma sistematização de impostos e uma descentralização por meio de discriminação de receitas tocantes às Províncias e de outras atinentes ao Governo Geral. Foi, também, durante esse período, que se estabeleceram algumas isenções fiscais. Contudo, as situações de imunidade de templos de qualquer culto restaram intocadas, permanecendo como direito/privilégio, ainda que não escrito (Balthazar, 2005, p. 89).

A Constituição de 1891, fortemente influenciada pela ideia republicana e pelo liberalismo em nova vertente, estabeleceu uma ruptura com a Igreja Católica como religião oficial. Esse rompimento está expressado em diversos dispositivos do texto constitucional:

> Artigo 11 – Todos os indivíduos e todas as confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

No parágrafo 7º do artigo 172, afirmou que nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

Os ministros de confissão religiosa eram excluídos dos direitos políticos de votar e ser votado, fato que não se verificou no tempo do Império.

Também neste diploma não há qualquer referência à imunidade para os templos de qualquer culto.

Em um contexto de crise econômica e política interna, seguida da crise da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, o Brasil promulga a Constituição de

1934. Com a Revolução de 1930, o governo de Getúlio tenta implementar um Estado do bem-estar social no Brasil. Para tanto, promulga a Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar de 1919, forjada entre o compromisso com o liberalismo e o intervencionismo.

O ensino religioso voltou às escolas públicas marcado pela facultatividade de frequência e pela liberdade de confissão (artigo 153). As escolas particulares foram beneficiadas pela "isenção de qualquer tributo", nos termos do artigo 154.

A constituição de 1934 reitera a vedação ao embaraço de cultos, conforme artigo 17, inciso II.

Com a Constituição de 1937 foi implantado o "Estado Novo", que rompeu com o regime democrático e com as liberdades individuais, por ter sido outorgada sob o argumento de proteção da democracia contra os partidos comunista e fascista que ofereciam perigo ao regime político da época. Novamente com a denominação "Constituição dos Estados Unidos do Brasil" ficou conhecida como "Polaca", e apenas restringe-se a repetir as disposições atinentes às "vedações" contidas na Constituição anterior, sem alterações substanciais no tocante às imunidades tributárias (Balthazar, 2005, p. 139).

Todo o arcabouço tributário contido nessa Constituição, bem como seu sistema de imunidades tributárias, teve fim no ano de 1945, com o advento de uma nova Constituição democrática. Nesse ano terminou, também, o segundo conflito bélico envolvendo os países mais poderosos em termos econômicos, bélicos, políticos e culturais, tendo saído vencedor o bloco dito defensor da liberdade e da democracia: os "Aliados". Ocorre que no Brasil da época, o ditador do "Estado Novo" negociava tanto com os nazistas como com os aliados no período anterior e, até mesmo durante o conflito. Desse modo, Vargas não se sustentou no poder, uma vez que seu governo ditatorial, e com um viés fascista, causava constrangimento político e alguma contradição naqueles que o deveriam apoiar interna e externamente. Por isso é que houve uma iniciativa do próprio governo, tendente a uma democratização por meio de uma nova Constituição: a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (Daneli Filho; Pilan Sobrinho, 2010).

Operou-se, por meio da promulgação desta constituição, um processo de redemocratização das instituições brasileiras que teve seu final com o Golpe Militar de 1964.

No que diz respeito às limitações ao poder de tributar, na Constituição de 1946 ocorreu um alargamento do número de casos beneficiados pela imunidade tributária. Nessa constituição, as imunidades dos templos de qualquer culto, bens e serviços dos

partidos políticos, das instituições de educação e de assistência social, se fizeram presentes expressamente. Da mesma forma as imunidades recíprocas e sobre o papel destinado a impressão de livros, jornais e periódicos (Baleeiro *et al*., 1987, p. 143).

Com a implantação de um Regime Militar por meio de um golpe de Estado no ano de 1964, encerrando o período democrático iniciado com a Constituição de 1946, temos a Reforma Tributária de 1965 e o advento de um Código Tributário Nacional (CTN) em 1966, por meio da Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966, tendo recebido a denominação apontada somente em 14 de março de 1967, com o Ato Complementar n. 36.

A Constituição de 1967 praticamente manteve as mesmas imunidades da constituição anterior. Sob o aspecto das imunidades tributárias previstas, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 retiraram a imunidade aos tributos do papel destinado à impressão de jornais, livros e periódicos.

Finalmente, a Constituição de l988, em seu artigo 150, VI, "a" a "d", e §§ 2º a 4º, traz novos sujeitos imunes e conteúdos que aprimoram a compreensão das imunidades tributárias. Verifica-se que a Constituição vigente tornou-se mais detalhada, com uma nítida preocupação com as normas imunizantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Templos de Qualquer Culto, chamados pelo Código Civil de 2002 de organizações religiosas (inciso IV do artigo 44 da Lei 10.406/2002), executam diversas atividades sob o fundamento da liberdade de crença, da liberdade de divulgação das crenças e da liberdade de culto. Tais liberdades se justificam na medida em que sua supressão causaria uma violação ao direito de liberdade religiosa, em nível individual e coletivo.

As organizações religiosas, portanto, são titulares de direitos fundamentais, entre os quais, destacamos o direito à imunidade tributária. Todavia, a garantia do exercício da liberdade religiosa por essas organizações decorre da necessária sustentação da liberdade religiosa individual. A liberdade religiosa coletiva serve de atualização da liberdade pessoal (Machado, 1996, p. 235).

Daí porque as organizações religiosas são, na atual conjuntura, atores religiosos, políticos e sociais independentes, irredutíveis a grupo de indivíduos. Portanto, respondem na medida de seus atos coletivos, não sendo possível atribuir tal responsabilidade a seus membros individualmente considerados.

A questão torna-se ainda mais complexa quando estamos diante de atividades intrinsecamente associadas às finalidades religiosas, cuja rea-

lização adquire relevo econômico. É o caso, por exemplo, da concessão de canais televisivos para igrejas ou comunidades religiosas, da comercialização da produção audiovisual, da alienação de ou aquisição de bens e serviços, do uso de recursos e financiamentos públicos.

Chama a atenção o caso das comunidades evangélicas pentecostais, que no Brasil e na América Latina possibilitaram a acumulação privada de capital por meio de suas organizações religiosas. Isso porque o apelo espiritual e as práticas proselitistas dessas confissões religiosas tiveram um impacto maior entre os indivíduos de menor poder aquisitivo, moradores de periferia de grandes cidades, menos assistidos por programas assistenciais, cuja migração para essas organizações religiosas desestabilizou a maioria numérica de católicos[2].

A maior ligação entre o espírito empresarial e a organização religiosa propiciou a adoção de novas práticas, tais como estratégias de compra de emissoras de televisão e de rádio, a adesão de sistemas de franquia, uma ligação entre a política e as igrejas.

As novas crenças emergentes no Brasil estariam prosperando em uma fase de descrença quanto à possibilidade de ascensão individual e profissional. As novas igrejas pentecostais estariam ocupando o lugar do Estado na cobrança de impostos (dízimos e outras contribuições) e na oferta de serviços e redes de proteção social (Neri, 2011, p. 45-6).

Na medida em que tais organizações religiosas arrecadam mais, e melhor distribuem seus dividendos entre seus seguidores, através de práticas assistencialistas, acabam por ocupar um espaço que deveria ser público e laico. A mesma crítica, entretanto, deve também ser dirigida às doutrinas religiosas predominantes no cenário brasileiro. A própria Igreja Católica, antes majoritária entre as confissões religiosas, tem renovado suas práticas e atividades a fim de recuperar o espaço perdido para outras doutrinas abrangentes.

O que estamos defendendo é que o direito de liberdade religiosa não pode chegar ao ponto de abranger todos os aspectos do desenvolvimento dessas atividades. A natureza comercial de tais atividades deve balizar uma atuação estatal, em termos normativos do direito comum, como qualquer outro sujeito de direitos, sem que tal intervenção seja atacada como violação do direito de liberdade de crença. Desse modo, se evitaria a utilização abusiva e simulada da figura da liberdade

---

2 Ver NERI, Marcelo Cortês. *Novo mapa das religiões*. Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2011. Disponível em: www.fgv.br/cps/religiao.

religiosa, bem como a discriminação contra indivíduos e entidades não religiosas.

Sabe-se que o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal vai no sentido contrário. É dizer, para esta corte, que a imunidade tributária deve abranger não somente os prédios destinados ao culto religioso, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a finalidade essencial da entidade religiosa.

A doutrina tem-se manifestado no sentido de que a imunidade de templos de quaisquer cultos se restringem às atividades que estão direta e objetivamente relacionadas às finalidades das organizações religiosas (Carrazza, 2004, p. 689; Costa, 2006, p. 60; Paulsen, 2005, p. 303).

Ao Estado, portanto, não cabe estimular ou promover qualquer confissão ou prática religiosa, uma vez que é a razão pública o principio norteador da normatividade e da atuação pública em um Estado Democrático de Direito.

O Estado brasileiro, ao alargar as hipóteses de imunidades tributárias para diferentes práticas comerciais realizadas por organizações religiosas, afasta-se da racionalidade pública e viola o princípio da igual liberdade e igual dignidade de seus cidadãos, uma vez que privilegia atividades comerciais de organizações religiosas em detrimento das mesmas atividades desenvolvidas por sujeitos não religiosos, provocando distorções no mercado e situações de concorrência desleal.

Do ponto de vista da justiça fiscal, quando o Estado não é suficientemente eficaz em sua política tributária, no sentido de que seus instrumentos (normativos e institucionais) fiscais não são eficazes na promoção e garantia da igual liberdade e igual dignidade de todos os seus cidadãos, então, há que (re)pensar a que(m) serve o direito de liberdade religiosa.

A manutenção das imunidades tributárias às organizações religiosas, no cenário brasileiro, não promove a efetividade do direito à liberdade religiosa. Ao contrário, se traduz em verdadeiro privilégio, em descompasso com a manutenção da esfera pública da liberdade e da igualdade.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. A Constituição de 1946. PORTO, Walter Costa (coord.). *Curso "Constituições do Brasil"*. Brasília: Editora Escopo, 1987.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. *História do Tributo no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, R. A. (Org.) *Em defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COSTA, Regina Helena. *Imunidades Tributárias:* Teoria e Análise da Jurisprudência do STF. 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

DANELI FILHO, Eloi César; PILAN SOBRINHO, Liton. As constituições brasileiras e a imunidade tributária de templos de qualquer culto. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, Fortaleza, Jun. 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*, V. 1, 2. ed. Belém: CEJUP, 1993.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOREA, Roberto Arriada. *Cidadania Sexual e Laicidade*: um estudo sobre a influência religiosa no Poder Judiciário. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Porto Alegre: UFRGS, 2008.

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARTON, R. *Templos Religiosos:* a imunidade do art. 150, VI, b, da Constituição Federal e o disposto pela mesma constituição no art. 195, §7º. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, dez. 2004.

NERI, Marcelo Cortês. *Novo mapa das religiões*. Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2011.

PEREIRA, Gabriel Nunes. Imunidade Tributária de templos de qualquer culto e religiões brasileiras. *Revista Brasileira de História das Religiões***.** Maringá, V. III, n. 9, jan/2011.

RAWLS, John. *O Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

SABBAG. Eduardo, *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Aspectos polêmicos do tratamento fiscal conferido aos templos e às entidades de fins religiosos. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, n. 5,1994.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: ASPECTOS POLÊMICOS. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Felipe Cunha de Almeida[1]

1 INTRODUÇÃO

O estudo em questão trata de abordar o instituto da paternidade socioafetiva, ou seja, aquela situação de fato e que envolve determinada criança e o seu pai, ou mãe, e quando superados alguns requisitos, como por exemplo, o afeto, impõe ao pai a condição da paternidade. Assim, além do entendimento doutrinário, faremos um paralelo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e de outros Tribunais estaduais, com o objetivo de verificação da demonstração dos conceitos aqui trazidos, sob a ótica do Poder Judiciário. Aspectos como a posse de estado de filho, paternidade socioafetiva, adoção à brasileira e, inclusive, a questão criminal da conduta tipificada e prevista pelo art. 242 do Código Penal, além das hipóteses de investigação do vínculo biológico, mesmo quando comprovada a paternidade socioafetiva, bem como hipóteses quanto ao cancelamento dos registros, também serão tratadas.

Pontes de Miranda, ao ensinar sobre o direito de família, afirma que o seu objeto é a exposição de princípios jurídicos que regem as relações familiares, e seja a influência dessas relações sobre as pessoas, seja sobre os seus bens. Quanto à divisão do direito de família, este se configura em duas partes: a) a que estuda a socieda-

1 Mestrando pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em Direito Civil, professor, advogado, especialista em Direito Civil e Processual Civil com ênfase em Direito Processual Civil. E-mail: professorfelipecunha@hotmail.com.

de conjugal (capacidade, celebração, chefia etc.) e em suas consequências morais, pessoais e patrimoniais: sucessão do cônjuge, por exemplo; b) a que se destina ao estudo da sociedade parental: normas sobre a fixação dos parentescos, tutela, curatela, ausência etc.[2] A finalidade da legislação em matéria de direito de família é a de regular e proteger a vida dos casais, assegurar a procriação dentro dos limites da lei, fixar o que é parentesco jurídico.[3]

A ideia que vigorava no passado sobre a natureza jurídica da família era a de que formava uma pessoa jurídica. E a base de tal raciocínio fundava-se no aspecto de que a família era a detentora de direitos extrapatrimoniais, tais como o nome e o então pátrio-poder (atualmente, de acordo com o Código Civil de 2002, o poder familiar). Todavia, esse posicionamento foi superado, eis que, segundo a doutrina, muito impreciso o conceito.[4]

O direito brasileiro, bem como na tradição ocidental, entende que a família não pode ser considerada como pessoa jurídica, pois é nítida a ausência de capacidade e aptidão para usufruir de direitos e obrigações. Tanto os direitos patrimoniais como os direitos imateriais concernentes à família (poder familiar, nome, por exemplo), traduzem-se nos direitos subjetivos de cada membro. De tal sorte que os titulares de direitos e deveres são os membros considerados de forma individual, e não a família. Sílvio Venosa assevera que a família é conceituada como instituição, ponderando que, apesar de tal posicionamento vir da doutrina majoritária, não reflete posição homogênea.[5]

O Diploma de 2002, adaptado e seguindo a Constituição Federal de 1988, busca aproximar-se da mais alta igualdade jurídica entre os cônjuges, companheiros, abarcando também a igualdade jurídica entre os filhos, independentemente de sua origem. De forma a que o Estado não fique ausente quanto ao cumprimento permanente da função social de proteção à família, esta como própria célula *mater*, que é.[6]

---

2 PONTES DE MIRANDA; Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. V. 1: Direito matrimonial. ALVES, Vilson Rodrigues (Atual.). 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 75.

3 Idem, p. 81.

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de família.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011 p. 7.

5 Idem, p. 8.

6 Idem, p. 9.

A família tem proteção integral. Como leciona o professor doutor Carlos Silveira Noronha, analisando e discorrendo sobre a evolução da família, perante o direito divino e o direito canônico, aquela é considerada pelas Escrituras como entidade de direito divino, e tem origem exclusivamente no casamento. A finalidade, também, era de santificar a união indissolúvel do homem e da mulher. O caráter sacramental do matrimônio (casamento religioso) foi reafirmado pela Igreja, no Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1563. De tal sorte que o casamento é solidificado na *cellula mater.*[7]

Portanto, o direito de família tem como principal característica a tutela do ente familiar, dos bens que lhe são próprios, da prole, bem como dos demais interesses afins. E com mais razão acentua Arnaldo Rizzardo que a sua destinação é, de forma prática, colocada como um direito público, ou quase público, eis que, nos termos da Constituição Federal (art. 226), é função do Estado a sua proteção. Inclusive, em decorrência desta circunstância, desta peculiaridade, ensina o autor referido que existe certa limitação em relação à disponibilidade de direitos. De tal sorte que não cabe às partes pactuar de forma diferente da estabelecida em lei, tais como o casamento, filiação, alimentos.[8]

A afeição agrega um significado mais profundo do que a realidade biológica. Embora a legislação atual não reconheça a filiação socioafetiva, tanto a doutrina como a jurisprudência a prestigiam, no que concerne a denominada posse de estado de filho, essa a representação do substrato fático de verdadeira e única filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou mãe[9].

A Constituição Federal apresenta um extenso rol quanto a direitos individuais e sociais, com o objetivo de garantir dignidade a todos. Como se não bastasse, o Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Esse compromisso assumido, segundo os ensinamentos de Maria Berenice Dias, é o de assegurar o afeto, e o primeiro a ser obrigado a assegurar o afeto deve ser o próprio Estado, em que pese à expressão *afeto* não constar no texto constitucional. A união estável é característica marcante do afeto, tanto que adquiriu reconhecimento e foi inserida no ordenamento jurídico. E mais: o afeto, segundo a autora, foi consagrado em nível de direito fun-

---

7 NORONHA, Carlos Silveira. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. *Direito & Justiça,* V. 20, ano XXI, 1999, p. 58-60.

8 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4-5.

9 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 488.

damental, e tal consequência é, por exemplo, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos.[10]

O afeto não guarda origem na biologia. Os seus laços, tanto de afeto quanto de solidariedade, derivam da convivência em família, e não do sangue. A título de exemplo, a posse de estado de filho traduz-se no reconhecimento jurídico do afeto, objetivando, desse modo, garantir a felicidade, esta como direito de ser almejado. E mais: o afeito não é somente um laço que envolve integrantes de uma mesma família, ele tem uma conotação externa, entre as famílias.[11] O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar demanda envolvendo pedido de ação negatória de paternidade, direciona-se no mesmo sentido do raciocínio trazido, quando, em sua fundamentação, o Relator assevera que "O estado de filiação decorre da estabilidade dos laços construídos no cotidiano do pai e do filho (afetividade) ou da consanguinidade".[12]

---

10 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

11 Idem.

12 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ORDINÁRIA ATIVA. AÇÃO DE ESTADO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDISPONÍVEL DO GENITOR (ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). SUB-ROGAÇÃO DOS AVÓS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE DNA. RESULTADO DIVERSO DA PATERNIDADE REGISTRAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES. FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA. ESTADO DE FILIAÇÃO RECONHECIDO VOLUNTARIAMENTE PELO PAI BIOLÓGICO. SUPREMACIA DO INTERESSE DO MENOR. VERDADE REAL QUE SE SOBREPÕE À FICTÍCIA. ART. 511, § 2º, DO CPC. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULAS Nº 83, 211, 7/STJ E 284/STF. INCIDÊNCIA.
1. A legitimidade ordinária ativa da ação negatória de paternidade compete exclusivamente ao pai registral por ser ação de estado, que protege direito personalíssimo e indisponível do genitor (art. 27 do ECA), não comportando sub-rogação dos avós, porquanto direito intransmissível, impondo-se manter a decisão de carência de ação (art. 267, VI, do CPC), mormente quando o interesse dos recorrentes não é jurídico, mas meramente afetivo e patrimonial.
2. O estado de filiação decorre da estabilidade dos laços construídos no cotidiano do pai e do filho (afetividade) ou da consanguinidade.
3. A realização do exame pelo método DNA apto a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.

4. O erro a que foi induzido o pai registral de criança nascida na constância do seu casamento com a genitora, com quem o suposto pai não estreitou afetividade suficiente para que desfrutasse da paternidade socioafetiva (posse de estado de filho), desafia a eficácia constitutiva negativa de estado pleiteada na inicial, com a consequente alteração do registro público de nascimento da criança, para fazer constar o nome do pai biológico, excluindo-se, consectariamente, o nome dos avós registrais paternos.
5. O registro público tem por princípio conferir segurança jurídica às relações civis e deve espelhar a verdade real e não fictícia.
6. É consectário da dignidade humana que os documentos oficiais de identificação reflitam a veracidade dos fatos da vida, desde que a retificação não atente contra a ordem pública.
7. O princípio da supremacia do interesse do menor impõe que se assegure seu direito ao reconhecimento do verdadeiro estado de filiação, que já é voluntariamente exercida pelo pai biológico.
8. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.
9. A ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos declaratórios, impede o conhecimento do recurso especial (Súmula nº 211/STJ).
10. A mera circunstância de não haver o "visto" do revisor que recebe os autos em seu gabinete, pede dia para julgamento e participa plenamente da sessão não contrária ao art. 511, § 2º, do Código de Processo Civil, à falta de nulidade processual e da demonstração de qualquer prejuízo às partes (pas de nullité sans grief).
11. A reforma do julgado demandaria interpretação de matéria fático-probatória, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ.
12. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.
13. A divergência jurisprudencial com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, nos termos do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e do art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, requisita comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações.
14. Tendo sido interposto à moda de apelação, ou seja, deixando de indicar especificamente de que forma teria o acórdão incorrido na violação de dispositivos legais sequer apontados para configurar suposta nulidade processual, o recurso especial encontra-se inviabilizado nesta instância especial, a teor da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal.
15. Recurso especial parcialmente conhecido, e nesta parte, desprovido. (REsp 1328306 / DF, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em: 14/05/2013). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1233935&sReg=201201206577&sData=20130520&formato=HTML>. Acesso em: 28 mar. 2014.

Portanto, podemos observar a importância que o ordenamento jurídico confere à família e aos vínculos que ela forma entre os seus integrantes, sejam estes biológicos e ou por uma situação de fato, cujo afeto esteja presente. De tal sorte que, a partir dos tópicos seguintes, enfrentaremos a questão da filiação socioafetiva.

2 POSSE DE ESTADO DE FILHO

Maria Berenice Dias, ao ensinar sobre a posse do estado de filho, assevera que, quando as pessoas desfrutam de uma determinada situação jurídica que não corresponde à verdade, tem-se o que se denomina de posse de estado. Como se não bastasse, a noção da posse de estado de pai deve também se comprovar, eis que reflete a reciprocidade com a posse de estado de filho, ou seja: uma não pode existir sem a outra.[13]

A aparência faz com que todos venham a acreditar na existência de uma situação que não é verdadeira. E tal circunstância não pode ser objeto de desprezo pelo direito. Assim, "a tutela da aparência acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe". Maria Berenice Dias, utilizando-se dos ensinamentos de Luiz Edson Fachin, aduz que os vínculos de parentalidade fornecem exemplos para a teoria da aparência, ou seja, o vínculo da paternidade não é tão somente um dado, ele tem a natureza de se deixar construir.[14]

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicam, com base na doutrina de Pontes de Miranda, que existem fatos que importam ao direito por lhe trazer consequências, criando ou extinguindo situações jurídicas existentes. A afetividade, por sua vez, é um desses fatos que interessa ao direito, podendo, inclusive, criar uma forma de parentesco. Continuam os autores referindo que o reconhecimento da paternidade pode se dar pelo reconhecimento do filho que não tem laços de sangue com aquele que manifesta a vontade de se declarar pai ou mãe, ou que se apresentou, conduziu em sua vida privada de maneira a criar esse vínculo de outra origem[15]. Silvio Venosa ensina que a expressão "outra origem" também pode identificar a posse de estado de filho, que, de

---

13 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 366.

14 Idem.

15 JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 10. ed.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.593.

certa forma, complementa a noção de paternidade socioafetiva[16].

Maria Helena Diniz, lecionando sobre os modos de reconhecimento dos filhos, em especial ao reconhecimento voluntário, explica que, a partir da declaração de vontade no sentido de reconhecimento, tal ato passa a ser irrevogável ou irretratável, inclusive, até, se feito por testamento. É que o ato implica em uma confissão de maternidade ou de paternidade, que só pode ser passível de anulação quando comprovados os vícios da vontade, como dolo ou erro, ou então quando não observadas as formalidades legais. Portanto, o reconhecimento determina o estado de filho, este então irrevogável.[17]

Em que pese a doutrina trazida acerca da posse de estado de filho, o sistema jurídico não a prevê de forma expressa. De tal sorte que a noção da posse de estado de filho não é estabelecida através do nascimento, mas sim por um ato de vontade que se sustenta no terreno da afetividade, circunstância esta que coloca em xeque a verdade jurídica e a certeza científica da filiação. Portanto, a paternidade socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho.[18]

Três são os aspectos trazidos pela doutrina no tocante ao reconhecimento da posse de estado de filho, a saber: a) *tractus:* quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; b) *nominativo:* usa o nome da família, e assim também se apresenta; c) *reputatio:* a criança é conhecida pela sociedade como integrante, pertencente à família de seus pais, ou seja, "confere à aparência os efeitos da verossimilhança que o direito considera como satisfatória".[19]

3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A filiação que resulta da posse de estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de outra origem, de acordo com a dicção do art. 1.593 do Código Civil[20], ou seja, tem ori-

16 VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.450.

17 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, V 5: Direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 522-523.

18 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 366.

19 Idem.

20 "Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem".

gem afetiva. Corresponde, portanto, à verdade aparente e decorre do direito à filiação. À verdade biológica é atribuído um papel secundário, em razão da necessidade de se manter a estabilidade da família[21].

Assim, a verdade real é o fato de o filho gozar da posse de estado, que faz a prova do vínculo parental. Zeno Veloso, referenciado por Maria Berenice Dias, assevera que, na hipótese de o genitor, além de ter um comportamento notório e contínuo, confessar, de forma reiterada, que é o pai de determinada criança, propagando tal circunstância no meio em que vive, não há razão, seja moral e ou ética, mesmo que não exista registro da filiação, para que o filho reivindique a paternidade[22].

O Superior Tribunal de Justiça também aplica em seus julgamentos o princípio do melhor interesse da criança no sentido de ressaltar a questão da convivência entre a criança e o pai afetivo. Nesta decisão, a Corte considerou que, em discussão envolvendo cadastro de adoção, a observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança. Assim, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, o convívio foi determinante no sentido de estabelecer o vínculo de afetividade da criança com os pais adotivos.[23]

---

21 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 366.

22 Idem, p. 367.

23 "RECURSO ESPECIAL – ADOÇÃO – CADASTRO DE ADOTANTES – RELATIVIDADE – PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR – VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS – PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO – ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO – ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA – PRECEDENTES DESTA CORTE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
1. A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente.
2. No caso dos autos, a criança hoje com 2 anos e 5 meses, convivia com os recorrentes há um ano quando da concessão da liminar (27.10.2011), permanecendo até os dias

Trazemos julgado que tratou de deferir ao filho, mesmo vivenciando a situação quanto à paternidade socioafetiva, a possibilidade de investigação do seu vínculo biológico. Como observamos do voto do relator: "Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de 'adoção à brasileira', significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei".[24] Já nesta outra

---

atuais. Esse convívio, sem dúvida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos.
3. Os Recorrentes, conforme assinalado pelo Acórdão Recorrido, já estavam inscritos no Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo (CUIDA), o que, nos termos do artigo 197-E, do ECA, permite concluir que eles estavam devidamente habilitados para a adoção. Além disso, o § 1º, do mesmo dispositivo legal afirma expressamente que "A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando".
4. Caso em que, ademais, a retirada do menor da companhia do casal com que se encontrava há meses devia ser seguida de permanência em instituição de acolhimento, para somente após, iniciar-se a busca de colocação com outra família, devendo, ao contrário, ser a todo o custo evitada a internação, mesmo que em caráter transitório.
5. A inobservância da preferência estabelecida no cadastro de adoção competente, portanto, não constitui obstáculo ao deferimento da adoção quando isso refletir no melhor interesse da criança.
6. Alegações preliminar de nulidade rejeitadas.
7. Recurso Especial provido. (REsp 1347228 / SC, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em: 06/11/2012). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1192115&sReg=201200965571&sData=20121120&formato=HTML>. Acesso em: 28 mar. 2014.
24 DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS.
1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira".
2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, ne-

decisão, houve, de início, o reconhecimento da paternidade, através de escritura pública, levada ao Registro Civil. Todavia e posteriormente, o exame de DNA comprovou situação diversa, havendo pretensão, com base nesta prova, de negação da paternidade. O entendimento da Corte, contudo, foi no sentido de que "Fica evidenciado que o Tribunal a quo, com base no conjunto probatório, entendeu não restar caracterizado o vício de consentimento apto a ensejar a nulidade pretendida, concluindo conforme orientação emanada da Terceira Turma desta Corte Superior[25]".

---

cessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho – o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo – quem reivindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.

3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira".

4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente. (REsp 1167993 / RS, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em: 18/12/2012)". Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1189843&sReg=200902209722&sData=20130315&formato=HTML>. Acesso em: 10 abr. 2014.

25 DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ - INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA – VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO.

1. Reconhecida a paternidade, por escritura pública, levada ao Registro Civil, não há amparo para que o genitor venha ulteriormente a negá-la, ainda que, por exame de DNA, seja excluída a paternidade biológica, não prejudicando o reconhecimento o fato de o Acórdão recorrido aludir à sua realização como "adoção à brasileira".

2. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

3.1 Efeitos jurídicos

A paternidade socioafetiva, quando comprovada, também produz os seus efeitos no campo patrimonial além da esfera pessoal. Assim, o vínculo estabelecido decorrente da filiação socioafetiva, esta que tem legitimidade no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo, e para todos os fins de direito, nos limites da lei civil, como leciona Maria Berenice Dias, de sorte que, se em menor grau, funda-se no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. E, se em maior grau, tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana, este que não tolera, não admite o parentesco restrito ou então de segunda classe. Quanto ao princípio da solidariedade, este é aplicado a ambos os casos.[26]

O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou no mesmo sentido do posicionamento acima. A Relatora, ao tratar da paternidade socioafetiva e do consequente direito sucessório, assim decidiu: "A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação".[27]

---

3. O acolhimento das alegações do Recorrente não dispensa o reexame de prova, após os quais se poderia concluir, como pretendido, pela validade do registro de paternidade. Rever a conclusão a que chegou o Tribunal a quo demandaria a incursão no conjunto probatório para concluir-se da forma requerida pelo Recorrente. Incide nesse ponto a Súmula 7/STJ.
4. Fica evidenciado que o Tribunal a quo, com base no conjunto probatório, entendeu não restar caracterizado o vício de consentimento apto a ensejar a nulidade pretendida, concluindo conforme orientação emanada da Terceira Turma desta Corte Superior.
5. Recurso Especial improvido. (REsp 1098036/GO, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, julgado em: 23/08/2011). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1083493&sReg=200802396702&sData=20120301&formato=HTML>. Acesso em: 10 abr. 2014.

26 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 368.

27 "FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E PETIÇÃO DE HERANÇA. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1.593; 1.604 e 1.609 do Código Civil; ART. 48 do ECA; e do ART. 1º da Lei 8.560/92.
1. Ação de petição de herança, ajuizada em 07.03.2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.08.2011.
2. Discussão relativa à possibilidade do vínculo socioafetivo com o pai registrário impedir o reconhecimento da paternidade biológica.

4 ADOÇÃO À BRASILEIRA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Arnaldo Rizzardo assevera que, nos últimos tempos, a adoção à brasileira ou socioafetiva tem sido alvo de muitas discussões. Explica o autor que esse tipo de adoção acontece sem a ocorrência do devido processo legal, e que resulta do reconhecimento de um estado de fato existente por certo período de tempo. Assim, aquele que, mesmo sabedor de não ser o pai biológico faz o registro, expressando a correspondente manifestação de vontade, não pode, posteriormente, negar tal condição. É que se tipifica uma verdadeira adoção em decorrência dessa circunstância, há valor para a pessoa humana, adquirindo feição jurídica a situação revelada em uma verdadeira relação entre pai e filho. Inclusive por questões de herança, não tem

---

3. A maternidade/paternidade socioafetiva tem seu reconhecimento jurídico decorrente da relação jurídica de afeto, marcadamente nos casos em que, sem nenhum vínculo biológico, os pais criam uma criança por escolha própria, destinando-lhe todo o amor, ternura e cuidados inerentes à relação pai-filho.
4. A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.
5. Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão.
6. O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.
7. A paternidade traz em seu bojo diversas responsabilidades, sejam de ordem moral ou patrimonial, devendo ser assegurados os direitos sucessórios decorrentes da comprovação do estado de filiação.
8. Todos os filhos são iguais, não sendo admitida qualquer distinção entre eles, sendo desinfluente a existência, ou não, de qualquer contribuição para a formação do patrimônio familiar.
9. Recurso especial desprovido. (REsp 1274240/SC, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 08/10/2013)". Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1271958&sReg=201102045237&sData=20131015&formato=HTML>. Acesso em: 6 jul. 2014.

cabimento pedido, por exemplo, seja pelos outros filhos seja pelo cônjuge, de declaração de falsa paternidade.[28]

Ainda há a peculiaridade da situação que, para aquele que consta como pai e toma o pleno conhecimento das consequências e circunstâncias que giram ao redor do seu gesto, e mesmo assim não providenciou a alteração do ato quando da ciência dessa situação, inexistir a possibilidade de arrependimento que venha a anular o registro. Arnaldo Rizzardo explica que se releva a consideração à pessoa humana quando a conduta do reconhecimento, com o passar do tempo, gera efeitos decisivos na vida da criança que foi, de fato, adotada. Dessa circunstância forma-se a paternidade socioafetiva.[29]

O Superior Tribunal de Justiça decide e define a questão. Mas faz consideração importante nos casos em que, mesmo quando ocorrida a adoção à brasileira, o filho postula, busca a paternidade biológica. Então, a paternidade socioafetiva não pode ser óbice a tal direito.[30] Por outro lado, a Corte tem a posição de que a tese sobre o prevalecimento da paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica deve ser analisada com ponderação. A regra desta prevalência, assim, é no sentido de quando o pai registral, e, portanto verificada a paternidade so-

---

28 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 531.

29 Idem.

30 DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO COMPROVADO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA BUSCADA PELA FILHA REGISTRAL.

1. Nas demandas sobre filiação, não se pode estabelecer regra absoluta que recomende, invariavelmente, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. É preciso levar em consideração quem postula o reconhecimento ou a negativa da paternidade, bem como as circunstâncias fáticas de cada caso.

2. No contexto da chamada "adoção à brasileira", quando é o filho quem busca a paternidade biológica, não se lhe pode negar esse direito com fundamento na filiação socioafetiva desenvolvida com o pai registral, sobretudo quando este não contesta o pedido.

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1256025/RS, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em: 22/10/2013). Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1276644&sReg=201101188534&sData=20140319&formato=HTML>. Acesso em: 2 jun. 2014.

cioafetiva, busca negar a paternidade. De tal sorte que a jurisprudência, neste contexto, é no sentido da improcedência, eis que já efetivada a relação entre pai e filho.[31] Mas pode ocorrer situação fática que não demonstre a ocorrência da paternidade socioafetiva como nos moldes aqui trazidos. É que, segundo o que se registra, a prevalência da paternidade biológica foi comprovada ante a peculiaridade da ausência de demonstração de paternidade socioafetiva.[32]

4. 1 Adoção à brasileira e crime

A adoção à brasileira, segundo o direito penal, mais especificamente o art. 242 do Código Penal, é conduta tipificada como crime[33]. Ocorre quando alguém registra criança como filho, mas sem observar as determinações impostas pela legislação civil no tocante ao procedimento de adoção. Todavia, Arnaldo Rizzardo pondera que, na realidade, interessa ao direito a pessoa humana daquele que teve um

---

31 Como registrado anteriormente, na nota n. 24, constante nas páginas 206 e 207 desta revista, acerca do mesmo julgado do STJ.

32 Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. ALEGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E CONLUIO COM INTUITO FINANCEIRO EM RELAÇÃO AO ELEVADO PATRIMÔNIO DO DE CUJUS. REGISTRO ESPONTÂNEO DE PATERNIDADE, POR TERCEIRO, ATRAVÉS DE INSTRUMENTO PARTICULAR. NECESSIDADE DE RELAÇÃO SOCIOAFETIVA QUE NÃO SE COMPROVA NOS AUTOS. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA, COMPROVADA, ANTE A PECULIARIDADE DE AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM RELAÇÃO AO REGISTRO ANTERIOR. JUSTA POSTULAÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70043007749, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em: 28/11/2012).

33 Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substitui-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão de dois a seis anos. Parágrafo único – Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

pai, considerada uma realidade que se perpetuou no tempo.[34] Silvio Rodrigues, ao tratar da adoção, aduz que é negócio solene, eis que a legislação impõe determinada forma e, sem esta, o ato, além de não ter validade, não existe.[35]

Fernando Capez e Stela Prado, ao comentarem a norma do art. 242 do Código Penal, referem que o objeto jurídico é a tutela do estado de filiação e a fé pública dos documentos inscritos no registro civil. Ainda, explicam que se trata de crime comum, ou seja, qualquer pessoa pode praticá-lo. Quanto ao sujeito passivo, inclui-se tanto o Estado como os lesados, pelo registro efetuado por aquele que não é o verdadeiro pai. Já o elemento subjetivo, alertam os autores, é o dolo, "consubstanciado na vontade livre e consciente de registrar como seu o filho de outrem". A tentativa de tal crime também é possível, consumando-se a conduta no instante da inscrição da criança alheia no registro civil.[36]

O entendimento em relação à adoção à brasileira é o de que não existe a possibilidade de desfazimento de um ato que foi levado a efeito, através da perfeita e inequívoca demonstração de vontade de quem, perante a sociedade, declara ser pai ou mãe de determinada criança, valendo-se da "verdade socialmente construída com base no afeto". De tal sorte que, através do tempo, mostra-se consumada relação de filiação, e que se criou e restou consolidada[37].

Interessante a decisão ora trazida, cujo debate girou em torno do mencionado art. 242 do Código Penal. Nesta decisão, o Ministério Público (apelante) denunciou os recorridos em decorrência de registrarem filho de outra pessoa como sendo seus, conduta esta incursa nas sanções da norma mencionada. A sentença mantida em sede de recurso, concedeu o perdão judicial aos réus, reforçando o juiz que, quanto a este, trata-se de direito subjetivo das partes, e não uma facul-

---

34 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 532.

35 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, V. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 341.

36 CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código penal comentado.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 510.

37 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 532.

dade do julgador. E assim resumiu-se a sentença: "Fato relevante para o descobrimento da adoção à brasileira, que consta nos autos, foi a situação de: 'O relativo sucesso dos acusados valeu-se da inexperiência dos funcionários do hospital e mesmo a ausência de maiores cuidados por conta do Registro Civil. Ao que tudo indica, a adoção à brasileira só foi descoberta quando o pequeno ERIK HENRIQUE foi levado ao posto de saúde, ocasião em que a funcionária GEANE DUTRA COELHO percebeu a irregularidade registral. Nesse passo, a conduta dos Denunciados amoldou-se perfeitamente à prevista no artigo 242 do estatuto repressivo. Não há hipótese de exclusão de antijuridicidade e também não pode ser considerada a exclusão da culpabilidade por conta do desconhecimento da lei. Embora sejam os Réus de cultura aparentemente baixa, é fato por demais sabido que as adoções são levadas a efeito pelo Poder Judiciário. Contudo, a cultura peculiar própria da quase bicentenária Comarca de Rio Pardo recomenda que haja detida apreciação acerca da hipótese de perdão judicial constante no parágrafo único do dispositivo acima citado. Isso porque os elementos probatórios indicam que efetivamente o casal tinha objetivos nobres para a adoção de ERIK HENRIQUE. A mãe biológica é prostituta e buscava o apoio do casal para os cuidados do nenê. MÁRCIA ANDREA depôs no sentido de que tinha efetivamente o desejo de dar a criança por conta de não ter condições de dispensar seus cuidados. A amamentação do jovem ERIK HENRIQUE já foi feita pela mãe biológica na casa de SALETE. Havia um consenso entre todos de que o menino ficaria com o casal, o que certamente lhe proporcionaria uma vida com maiores cuidados, notadamente no âmbito afetivo. A nobreza do agir de CLEBER e SALETE deve ser reconhecida e o perdão judicial é um direito subjetivo do acusado e não de uma faculdade do julgador. Por fim, apenas registro que a Lei 3.719/2008 deixou por demais clara, ao dar nova redação aos artigos 386 e 397 do Código de Processo Penal que as hipóteses de extinção da punibilidade levam à absolvição e o perdão judicial é tal hipótese, a teor do artigo 107, IX, do diploma penal'".[38]

---

38 Ementa: PARTO SUPOSTO. ARTIGO 242 DO CÓDIGO PENAL. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PERDÃO JUDICIAL CONCEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. Mãe do menor é prostituta e diante da impossibilidade de criar adequadamente o recém nascido o entregou aos réus. Para adequarem a realidade à certidão de nascimento, os réus se declararam pais do nascituro e lograram êxito em registrá-lo. Sentença concessiva de perdão judicial mantida. APELO NÃO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70037954229, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel,

5. CANCELAMENTO DO REGISTRO

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar arrependimento do pai que registrou o filho como se fosse seu, mesmo alegando coação (que, segundo a Corte, não restou comprovada), entendeu que o mencionado arrependimento não se presta para desconstituir a filiação[39]. Já neste outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o entendimento foi o de que "caracteriza erro no registro civil de nascimento que autoriza a anulação do registro civil de nascimento, a declaração da filiação paterna que não condiz com a verdade real[40]".

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar ação declaratória negativa de paternidade cumulada com pedido de cancelamento do registro civil, com base em indução em erro, determinou que, mesmo comprovada a existência da paternidade socioafetiva, esta não pode ser alicerçada em decorrência de situação de erro, se comprovado que uma

---

Julgado em: 23/09/2010). Disponível em: <http://migre-me/neNxE>. Acesso em: 2 jun. 2014.

39 Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES – Negatória de paternidade – Acórdão embargado que reformou a sentença e julgou improcedente o pedido – Inconformismo – Desacolhimento – Autor que afirma na inicial que, mesmo havendo dúvidas acerca da paternidade, registrou o requerido em seu nome – Coação imputada à genitora do requerido não comprovada – Arrependimento que não é capaz de desconstituir a filiação – Inteligência dos arts. 1.609, caput, e 1.610 do Código Civil - Decisão mantida – Embargos rejeitados. (Embargos Infringentes nº. 0009350-19.2010.8.26.0533, TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J.L. Mônaco da Silva, julgado em: 15/01/2014.) Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7439823&vlCaptcha=xssry>. Acesso em: 10 abr. 2014.

40 CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO. REGISTRO CIVIL. DECORRÊNCIA. AÇÃO JUDICIAL. REALIZAÇÃO. EXAME DE DNA. CONCLUSÃO. INEXISTÊNCIA. PATERNIDADE. AUSÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO. PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA. REFORMA DA SENTENÇA.
1. Ainda que o reconhecimento da paternidade tenha ocorrido através de ação judicial com trânsito em julgado, o assento de nascimento é passível de anulação, por meio de provimento judicial, a requerimento do pai ou do filho, quando não espelhar a realidade biológica, uma vez que a paternidade é um direito natural e constitucional.
2. Caracteriza erro no registro civil de nascimento que autoriza a anulação do registro civil de nascimento, a declaração da filiação paterna que não condiz com a verdade real.
3. Embora se reconheça que a paternidade não deriva apenas do vínculo de consanguinidade, mas, sobretudo, em razão do laço de afetividade, é certo que se revela necessário o consenso das partes quanto à prevalência da paternidade socioafetiva sobre a

das partes foi ludibriada na questão envolvendo a boa-fé.[41] Já nesta outra decisão, a Corte gaúcha entendeu pelo cancelamento do registro, mesmo com a comprovação da existência da paternidade socioafetiva, que foi considerada como irrelevante. O caso tratou de pessoa que registrou filho como se fosse seu, embora a ciência, por aquele, de não ser o pai biológico da criança. O pedido de alimentos deu-se em face do pai biológico, havendo postulação, também, no sentido de anulação do registro efetuado pelo pai socioafetivo. E vejamos as lições do Relator, ao comparar pedidos de cancelamento de registros, quando feitos ora pelo perfilhado (discussão dos autos), e pelos ora perfilhantes: "Se é o perfilhado quem busca a verdade biológica e, via de consequência, o afastamento da 'verdade jurídica', ou seja, a tão celebrada paternidade socioafetiva, que são incompatíveis entre si, não há como admitir que seja mantida a perfilhação. Ao contrário, se é o perfilhante quem busca a anulação do registro, se impõe, pois irrevogável o reconhecimento voluntário de filiação, que demonstre, de forma robusta, que a prática do seu ato se deveu à ocorrência de algum dos vícios de consentimento. Sendo assim, além de ser a busca da verdade biológica pelo filho perfilhado um 'direito personalíssimo, indisponível e imprescritível', nos termos do que dispõem os artigos 26 e 27, da Lei nº 8.069/90,

---

biológica, de forma a atender aos interesses de ambos, não podendo o Judiciário impor a paternidade sociofetiva, que, sobejamente, não condiz com a vontade de uma das partes.

4. Recurso conhecido e provido para, reconhecendo a nulidade no assentamento civil da Apelada, desconstituir a paternidade atribuída ao Apelante, com a exclusão de seu nome, e dos respectivos avós paternos, do seu registro civil.

(Apelação Cível nº. 20100610138590, TJDFT, , Rel. Des. Getúlio De Moraes Oliveira, Rev. Des. Otávio Augusto, 3ª Turma Cível, julgado em: 03/07/2013)". Disponível em: < http://juris.tjdft.jus.br/docjursisplsegjus/692693/692242.Pdf>. Acessom 10 abr. 2014.

41 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA NEGATIVA DE PATERNIDADE CUMULADA COM CANCELAMENTO DE REGISTRO CIVIL. ALEGAÇÃO DE INDUÇÃO EM ERRO. É a alegação de que foi induzido em erro pela afirmação da mãe das apeladas que dá amparo à pretensão recursal e impõe o provimento do recurso para possibilitar o prosseguimento do feito, com a produção das provas requeridas, pois a relação de paternidade socioafetiva aparentemente existente não pode se cristalizar sobre uma situação de erro, se efetivamente comprovado que o apelante foi ludibriado em sua boa-fé. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70050983907, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/12/2012). Disponível em: <http://migre-me/neNVp>. Acesso em: 7 jul. 2014.

não tem o investigado, sequer, legitimidade para opor ao investigante a tese da paternidade socioafetiva, que constitui um direito de terceiro, o perfilhante – pai registral –, ou seja, não pode, em nome próprio, invocar contra o autor um direito de terceiro, com a agravante de não ser objeto do litígio. A sentença, portanto, merece reforma, pois, mesmo reconhecendo a existência da paternidade biológica, o que constitui o objeto da demanda, manteve a 'paternidade socioafetiva', negando ao autor o direito indisponível e imprescritível de ver declarada a verdade biológica, ou seja, negando vigência ao artigo 27, da Lei nº 8.069/90. Impositivo, pois, que seja declarada a paternidade biológica de A.O.V. em relação ao investigante B.S.G., em todos os seus efeitos, além de dever ser cancelado o registro de nascimento do autor levado a efeito por A.G., demandado no tocante à pretensão anulatória de registro civil deduzida na inicial".[42]

Para o êxito em relação à anulação de registro em discussão que envolva a adoção à brasileira, o Superior Tribunal de Justiça considerou que tal possibilidade é apenas viável "quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado".[43] Podemos observar, ainda,

---

42 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL E RETIFICAÇÕES DECORRENTES. BUSCA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA PELO PERFILHADO QUE NÃO PARTICIPOU DO ATO REGISTRAL. PATERNIDADE BIOLÓGICA DEMONSTRADA ATRAVÉS DE EXAME DE DNA. ALIMENTOS. IRRELEVÂNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. I – Aquele que perfilhou não pode revogar esse ato praticado de forma voluntária, a não ser que, de forma robusta e contundente, demonstre que a prática do ato foi decorrente de vício de consentimento. II – O reconhecido nessas circunstâncias pode, no entanto, investigar a sua paternidade biológica, direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, expressamente previsto em lei. III – O investigado não pode invocar a manutenção da paternidade socioafetiva, o que constitui direito de terceiro, o perfilhante, para se opor à busca da paternidade biológica. IV – Diante disso, demonstrado, de forma inequívoca, através de exame de DNA, o vínculo genético entre investigado e investigante, não pode ser mantida a perfilhação sob o argumento de caracterização da paternidade socioafetiva, impondo-se que seja acolhida a pretensão investigatória da paternidade, em todos os seus efeitos, e determinado o cancelamento do registro levado a efeito pelo perfilhante. V- Reconhecida a paternidade biológica, se impõe sejam fixados alimentos devidos pelo investigado ao investigante. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70038071916, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 06/10/2011). Disponível em: <http://migre-me/neO5b>. Acesso em: 7 jul. 2014.

43 RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – ALEGAÇÃO DE

julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em idêntico sentido.[44]

Mas, o relevante, é o julgamento em questão, proferido pela Corte gaúcha. Neste caso restou decidido que não pode subsistir a adoção à brasileira. O fundamento, para tanto, foi o de que o registro deve refletir a realidade.[45] Já neste outro debate, a discussão girou em torno da adoção simulada, e impossibilidade de alte-

---

VIOLAÇÃO GENÉRICA – RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO – APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF – ADOÇÃO À BRASILEIRA – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA – IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto a quo teria contrariado lei federal, o que in casu não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao artigo 535 do Código de processo Civil (Súmula n. 284/STF).

2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado.

3. Recurso especial improvido. (REsp 1088157/PB, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, julgado em 23/06/2009). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=896969&sReg=200801995643&sData=20090804&formato=HTML>. Acesso em: 6 jul. 2014.

44 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE COM CANCELAMENTO DE REGISTRO E EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. INEXISTÊNCIA DE PATERNIDADE BIOLÓGICA. PAI REGISTRAL. VÍCIO DE VONTADE NÃO COMPROVADO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IRREVOGABILIDADE DO ATO REGISTRAL. À anulação do registro civil deve ser demonstrado um dos vícios do ato jurídico ou a ausência da relação de socioafetividade. No caso, embora comprovado que o autor não é o pai biológico do requerido, descabe a anulação do registro civil do menor pela não comprovação de qualquer dos vícios do ato jurídico e da existente relação socioafetiva existente entre eles. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70028072080, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em: 22/07/2009.)

45 Ementa: O REGISTRO DEVE SER O ESPELHO DA REALIDADE, NÃO PODENDO SEUS ASSENTAMENTOS ACOBERTAR UMA FALSIDADE IDEOLÓGICA. A ADOÇÃO À BRASILEIRA NAO PODE SUBSISTIR, POIS AFRONTA A VERDADE BIOLÓGICA E A LEI. 9 FLS. (Apelação Cível Nº 70003966272, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 04/04/2002.)

ração do registro, com fundamento na não diferenciação entre os filhos.[46] Em igual sentido a posição do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que, apesar da comprovação da adoção simulada, a situação consolidada, tanto na família como na sociedade, é base para a preservação da situação de fato.[47]

6 REPERCUSSÃO GERAL

Através da Emenda Constitucional n. 45/2004, houve importante inovação em relação aos pressupostos de admissibilidade para o recurso extraordinário, ou seja, deve ser levantada a repercussão geral da questão constitucional debatida no caso, e cuja

---

46 Ementa: REGISTRO DE NASCIMENTO. FALSIDADE. COMPORTAMENTO POSTERIOR DA MÃE REGISTRAL NO SENTIDO DE RATIFICAR O REGISTRO. PRINCÍPIOS ÉTICOS E CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO MENOR QUE LEVAM A CONCLUIR PELA CONFIGURAÇÃO DE ADOÇÃO SIMULADA. DESNECESSIDADE DE MODIFICAR O REGISTRO ANTE A INEXISTÊNCIA DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS FILHOS. VOTO VENCIDO. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 598573681, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 19/05/1999.) Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=598573681&num_processo=598573681&codEmenta=161569&temIntTeor=false>. Acesso em: 3 jul. 2014.

47 FILIAÇÃO. ANULAÇÃO OU REFORMA DE REGISTRO. FILHOS HAVIDOS ANTES DO CASAMENTO, REGISTRADOS PELO PAI COMO SE FOSSE DE SUA MULHER. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE QUARENTA ANOS, COM O ASSENTIMENTO TÁCITO DO CÔNJUGE FALECIDO, QUE SEMPRE OS TRATOU COMO FILHOS, E DOS IRMÃOS. FUNDAMENTO DE FATO CONSTANTE DO ACÓRDÃO, SUFICIENTE, POR SI SÓ, A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO JULGADO.

Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma "adoção simulada", reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. Status de filhos. Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado.
Recurso especial não conhecido. (REsp 119346/GO, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 01/04/2003)". Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=400765&sReg=199700101819&sData=20030623&formato=HTML>. Acesso em: 3 jul. 2014.

comprovação deve ser feita pelo recorrente[48], de acordo com os ditames da Constituição Federal.[49]

Devido à relevância que a discussão envolvendo a paternidade socioafetiva alcança, o tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, e que discute se aquela tem ou não prevalência em relação à paternidade biológica. De tal modo que existência da repercussão geral à matéria foi reconhecida:[50]

> Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu aexistência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Ministro LUIZ FUX Relator.

7 HIPÓTESE DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS EM RAZÃO DA OMISSÃO, PELA MÃE, QUANTO À VERDADEIRA PATERNIDADE

É certo que a paternidade socioafetiva, quando comprovada, e em razão da afetividade, vincula pai e mãe à criança. Todavia, indagamos o seguinte: nos casos de omitida a real paternidade, pela mãe, existe a pos-

---

48 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 254.

49 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. [...].

50 Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (ARE 692186 RG/DF, STF, REL. Min. Luiz Fux, julgado em 29/11/2012). Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3419008>. Acesso em: 2 jun. 2014.

sibilidade de condenação, por danos imateriais, em razão de tal conduta? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça responde tal questão.

A Corte, ao analisar a omissão da paternidade, considerou que o desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a dignidade e a honra subjetiva do marido, justificando a reparação pelos danos morais.[51] Neste outro debate, a indenização por danos

---

51 Marido que é enganado sobre quem é o verdadeiro pai das crianças criadas por ele tem direito de receber indenização da mulher. O entendimento é da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma garantiu a um pai indenização de R$ 200 mil. Motivo: ele foi enganado pela ex-mulher, durante 20 anos, sobre a verdadeira paternidade biológica dos dois filhos nascidos em seu casamento.

O caso de omissão de paternidade chegou ao Superior Tribunal de Justiça em recursos especiais ajuizados pelas duas partes. O ex-marido pediu, em síntese, aumento do valor da indenização com a inclusão da prática do adultério, indenização por dano material pelos prejuízos patrimoniais sofridos e ainda que o ex-amante e atual marido da sua ex-mulher respondesse, solidariamente, pelos danos morais. A ex-mulher queria reduzir o valor da indenização arbitrado em primeira instância e mantido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Por 3 a 2, a 3ª Turma do STJ, acompanhando o voto da relatora, ministra Nancy Andrighi, rejeitou todos os pedidos formulados pelas partes e manteve o valor da indenização fixado pela Justiça fluminense. Segundo a relatora, o desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a dignidade e a honra subjetiva do marido e justifica a reparação pelos danos morais.

Para a ministra, a ex-mulher transgrediu o dever da lealdade e da sinceridade ao omitir do marido, deliberadamente, a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados no casamento.

Sobre o pedido de indenização ao amante, a ministra sustentou que não há como atribuir responsabilidade solidária, pois não existem nos autos elementos que demonstrem colaboração culposa ou conduta ilícita que a justifique. Para Nancy Andrighi, até seria possível vislumbrar descumprimento de um dever moral de sinceridade e honestidade, considerando que o ex-marido e o então amante eram amigos. “Entretanto, a violação de um dever moral não justificaria o reconhecimento da solidariedade prevista no artigo 1.518 do CC/16”, concluiu a ministra.

Laços rompidos

Para a advogada especialista em Direito de Família, Ellen Cristina Gonçalves, sócia do escritório Pires & Gonçalves Advogados, marido ou mulher enganados têm direito a indenização. “Existe dano moral quando alguém é privado da verdade. Há de se ressaltar que o valor da indenização serve, principalmente, para inibir condutas como essas”, afirma a advogada.

O advogado Roberto Godoy Jr., especialista em Direito Civil do escritório Maluly Jr. Advogados, lembra que costuma ocorrer o inverso. É a mulher traída que pede

extrapatrimoniais também se deu em decorrência da omissão da condição de pai. Ficou registrado no julgamento que existe transgressão do dever de sinceridade quando o cônjuge, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância. De tal sorte que o desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.[52]

---

indenização do ex-marido. Também chama a atenção o valor da indenização. "Duzentos mil reais é uma quantia elevada se compararmos ao que é estipulado normalmente pelo Poder Judiciário", observa. De qualquer forma, considera que "o dano moral se configura quando há agressão a liberdade, honra e a pessoa da família, como ocorreu neste caso".

Último a saber

O ex-marido alegou que, depois de homologada a separação judicial, foi alertado por vizinhos e pessoas de seu convívio social, inclusive colegas de trabalho, de que havia dúvidas quanto à paternidade de sua filha caçula, nascida durante seu casamento com a mulher. O homem pediu exame de DNA e a dúvida foi desfeita: ele não era o pai da criança.

O ex-pai, um comerciante de Belo Horizonte entrou, então, com ação de indenização contra a ex-mulher para reparar os danos psíquicos que alega ter sofrido. Ele sustentou que ela omitiu deliberadamente quem era o verdadeiro pai da criança, o que abalou sua honra e dignidade.

Em sua defesa, a mulher alegou que só soube que seu marido não era o pai da criança quando tomou conhecimento do resultado do exame de DNA. Acusou também o ex-marido de ter um comportamento agressivo e libertino, e da prática de atos sexuais excêntricos e relacionamentos homossexuais.

A primeira instância acatou o pedido do homem e fixou a indenização por danos morais em R$ 15 mil, considerando a frustração e melancolia que o ex-marido passou ao ser subtraído, repentinamente, de sua condição de pai. O Tribunal de Justiça mineiro manteve a sentença. Ressaltou que "o casamento faz nascer entre os cônjuges direitos e deveres recíprocos, destacando-se entre eles os deveres de lealdade, respeito e fidelidade". Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2007-set-17/marido_enganado_paternidade_ganha_indenizacao>. Acesso em: 13 abr. 2013.

52 Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório.

– Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).

Em igual sentido foi o julgamento envolvendo a omissão sobre a verdadeira paternidade biológica de filho nascido na constância do casamento. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido em erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida.[53]

Pelos julgamentos trazidos que tratam de casos envolvendo a omissão da paternidade, pela mãe, observamos

---

– Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.
– O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.
– A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial. Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado.
– A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada.
Recursos especiais não conhecidos. (REsp 742137/RJ, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/08/2007). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=637864&sReg=200500602952&sData=20071029&formato=HTML>. Acesso em: 20 mar. 2014.

53 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO.
1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis.
2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência.
3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal.

que as indenizações são concedidas para tais casos. A boa-fé tenta ser preservada, quando atingida, assim como relevada a honra ferida da vítima da omissão, além de ressaltado o princípio da dignidade da pessoa humana.

7.1 Hipótese de danos extrapatrimoniais pela desconstituição da paternidade

Rolf Madaleno diz que, quando rompido o relacionamento, seja a título de casamento, seja a título de união estável, situação muito comum ocorre no sentido de o pai registral buscar a falsidade ideológica promovendo a ação de desconstituição do registro, eis que não há correspondência para com a verdade biológica. Todavia, alerta o autor mencionado que tais ações que, nos casos de paternidade socioafetiva e a sua desconstituição, não têm sido alvo de tutela jurisdicional. Como consequência, o vínculo do registro, mesmo contrariando o liame biológico, tem sido mantido, eis que passa a produzir efeitos jurídicos que transcendem a origem genética da filiação, "até porque a relação de filiação é muito mais uma conquista de coração do que da biologia".[54]

Adquire importância jurídica o agravo moral em face do filho que é chamado para responder a uma ação negatória de paternidade pelo pai socioafetivo, com o objetivo de desconstituição do registro de filiação.

---

4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida.
5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros.
6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema.
7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e com os honorários advocatícios.
(REsp 922462 / SP, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 04/04/2013). Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1221381&sReg=200700301624&sData=20130513&formato=HTML>. Acesso em: 28 mar. 2014.

54 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 378.

Muitas vezes a motivação dá-se por motivo desprezível daquele que foi abandonado em uma relação, em que pese ponderar Rolf Madaleno que, ainda assim, a criança não deixou de ser amada pelo pai socioafetivo. De tal sorte que submeter um filho socioafetivo a demandas negatórias, e que não pediu para ser registrado e também não pediu para ser tratado como filho natural, tal circunstância irá gerar um sofrimento muito grande, eis que tem de enfrentar ação de repúdio do pai, haja vista a intenção deste ao postular a revogação do registro, promovido de forma consciente. Inclusive, esta circunstância corre em sentido contrário ao da história pessoal da criança. Portanto, a conclusão é a de que a improcedência desses tipos de ação mostra-se correta. Ainda, o arrependimento do pai acarreta em verdadeira tortura psicológica para o filho, ocasionando, desta maneira, a devida reparação por danos imateriais ao filho, em virtude do abuso de direito pelo pai. Todavia, tal hipótese não pode fundamentar pretensões para os casos de registros inconscientes, cujo pai foi levado a imaginar que registrou o seu filho biológico, e com que jamais teve efetiva, consciente e consistente convivência.[55]

8 CONCLUSÃO

Entendemos que o tema, realmente, além de instigante, é extremamente relevante, pois incide diretamente nas relações familiares e, especialmente, nas crianças. Inclusive, como já referimos e demonstramos, é objeto de repercussão geral.

O predomínio da situação de fato até sobre o registro, como visto, ante a comprovação da afetividade, e de como a criança é apresentada pelos pais e vista na sociedade, pode levar à situação da paternidade socioafetiva. Além do que pode, também, ter predomínio em relação ao próprio processo de adoção, a adoção à brasileira, desde que comprovada a boa-fé dos envolvidos, a estabilidade da família, a ausência de vício de consentimento e até a nobreza do ato.

Mas é importante frisar o que foi tratado aqui no tocante da imprescritibilidade do reconhecimento biológico e, quanto à anulação do registro, esta depende de quem a busca, ou seja, se pelo filho objeto da paternidade socioafetiva, ou se por quem o registrou, mesmo sabendo que não é seu. Ainda, ensina José Afonso da Silva, que os filhos, havidos ou não da relação do casamento bem como a fa-

55 Idem, p. 378-379.

mília, são objeto de proteção a nível constitucional.[56]

Outro aspecto importante em relação à paternidade socioafetiva é a de que esta não se origina de modo automático e instantâneo. Os vínculos vão, com o passar do tempo, fortalecendo-se. Rolf Madaleno, inclusive, indica a expressão "filho do coração". Trata-se, portanto, de uma família desenvolvida através do tempo, e que vai encontrando sua própria identidade e estabilidade acerca de suas relações.[57]

Como vimos, a preocupação e tutela da família tem relação ímpar pelo legislador. A própria questão da adoção à brasileira, quando comprovada a paternidade socioafetiva, pode subsistir, mesmo sem o devido processo legal da adoção, que culmina em uma sentença e, também, pode ser relevada a conduta criminal tipificada pelo art. 242 do Código Penal, como anteriormente estudado. Claro que o caso concreto deve ser relevado. Todavia, tanto a doutrina quanto a jurisprudência selecionadas e analisadas no presente trabalho abrem os olhos da sociedade, no sentido da importância que se deve dar à família, aos filhos, ao registro de nascimento, a não omitir a paternidade. Inclusive, a improcedência de ações negatórias de paternidade em razão do arrependimento, pelo pai, quanto ao registro de nascimento, pode possibilitar condenações por danos imateriais em face do pai ao filho, como também observado.

O nosso objetivo jamais é o de esgotar a temática que, como pudemos perceber, é polêmica e também problemática. A nossa intenção é a de trazer para os leitores os conceitos que envolvem a filiação nos moldes aqui trabalhados, bem como as consequências que as atitudes dos pais (biológicos e/ou socioafetivos), podem ocasionar aos filhos, às crianças. De modo que o presente artigo busca contribuir para aqueles que estudam o direito de família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mai. 2014.

56 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 851.

57 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 378.

BRASIL. *Código Civil.* DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 jun. 2014.

BRASIL. *Código Penal.* DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 7 jul. 2014.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código penal comentado.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* V. 5: Direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 10. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NORONHA, Carlos Silveira. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. *Direito & Justiça,* V. 20, ano XXI, 1999.

PONTES DE MIRANDA; Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. V. 1, Direito matrimonial. ALVES, Vilson Rodrigues (Atual.). 1. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis.* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. V. 6. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Luciane Faraco[1]

INTRODUÇÃO

Os ordenamentos jurídicos modernos não comportam a concepção do Direito como uma estrutura formal que identifica o indivíduo como um sujeito abstrato responsável apenas por impulsionar o nascimento da norma e que faz parte desta, unicamente, porque identificado na figura do contratante, do marido, do usufrutuário dentre outras.

O Direito hoje atenta ao indivíduo e aos fatos situações jurídicas que impõem o surgimento ou a adequação da norma para dar resposta ao sujeito detentor do direito. O ser humano importa mais que o objeto, este é o processo da Constitucionalização do Direito Civil.

No percorrer deste caminho, observou-se a carência do positivismo como hermenêutica jurídica ao se constatar que o sistema de regras diante dessa nova visão do direito ao indivíduo como fundamento da República, expresso no art. 1º, inc. III da Constituição Federal, mingou por insuficiência de regras para aplicação em inéditas, mas não isoladas, circunstâncias jurídicas.

A jurisprudência tornou-se, assim, relevante fonte do Direito passando a responder por decisões a fatos

---

1 Advogada; sócia do escritório Limongi Faraco Ferreira Advogados; inventariante dativa e curadora da 6ª Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre; especialista em Direito Civil Aplicado; pós-graduada pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS).

sem suporte normativo. No trânsito das fontes do direito, a fundamentação das decisões socorria-se cada vez mais aos princípios jurídicos e assim a jurisprudência os aplicava diretamente no caso concreto.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), alavancou a libertação da esposa. A aprovação da Lei do Divórcio no Brasil (Lei nº 6.515), em 1977, após várias tentativas frustradas primordialmente em razão das forças religiosas em contrário, sobrepôs o princípio basilar do direito à liberdade ao da indissociabilidade do vínculo matrimonial. Assim, timidamente, o ordenamento legislativo pátrio respondia aos novos fatos.

Em nível internacional, o marco para valoração do indivíduo como ente maior a ser protegido, revelou-se, em 1959, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que impunha o reconhecimento da criança e do adolescente como membros da família com interesses próprios a serem observados e tutelados.

Esse cenário era o de uma sociedade em movimento, expressivamente acelerado, ao ponto de impor uma mudança. As normas existentes eram insuficientes ao abrigo de fatos cada vez mais diversos, e não mais particulares e isolados, que espelhavam uma nova realidade clamando por um amparo legal.

A Constituição Federal de 1988 veio, assim, a consagrar dentre seus princípios fundamentais, o da dignidade da pessoa humana e, para o ordenamento jurídico pátrio, especialmente para o Direito de Família, isso é absolutamente relevante. Daí em diante, todo ordenamento jurídico, legal e hermenêutico passaram a dar ao indivíduo a condição de destinatário principal da proteção normativa independentemente do seu papel social.

A partir de então, o Direito de Família com zelo ao espírito e aos princípios constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da Constituição Federal), adotou nova e legítima postura perante antigas questões como filiação "ilegítima", casamento como única forma de constituição da família e patriarcalismo.

Os princípios aludidos como fonte do direito na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto 4.657, de 4 de setembro de 1942), insertos então na Constituição da República como fundamentais e aliados à evolução do pensamento científico, impactaram nosso ordenamento jurídico, oportunizando resposta aos fatos que antes vinham desamparados.

Nesse sentido, impulsionaram o aparecimento de leis específicas ao menor (Estatuto da Criança e do Adolescente), a regulação do art. 226, §3º da Constituição Federal (Lei nº 9.278 de 1996) pertinente à união estável e ao direito dos companheiros aos alimentos e à sucessão (Lei nº 8.971 de

1994), para citar algumas. Sob esse novo espírito pós-positivismo entra em vigor o Código Civil, em 2002, e, após este, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003), a Lei Maria da Penha (nº 11.340 de 7 de agosto de 2006) e, por último, o Estatuto da Juventude (Lei nº12.852, de 5 de agosto de 2013), para destacar algumas.

A Constituição Federal de 1988 foi o marco legislativo de inserção no ordenamento jurídico pátrio dos princípios, dispondo de forma expressa os que norteiam toda nossa estrutura social e jurídica porque se prestam ao reconhecimento de valores sedimentados.

Assim, o Direito de Família passou a se reger por novos princípios contemporizados com valores enraizados e consagrados que oportunizam, nesse novo sistema, o abrigo legislativo às novas situações jurídicas que se revelam, desde o reconhecimento de estruturas familiares diversas até variadas formas de alcance ao estado de filiação.

A reflexão que se propõe, dos Princípios Constitucionais do Direito de Família, visa contribuir para o árduo trabalho que aos operadores do Direito recai para dispor à sociedade na composição de seus conflitos familiares essa nova hermenêutica que não mais se restringe às regras existentes, deixando ao relento o que ali não está, pois, princípios e valores abrigam a todos e se prestam ao alcance de qualquer indivíduo em qualquer situação jurídica.

1 OS PRINCÍPIOS COMO FONTE DO DIREITO DE FAMÍLIA

A) No Contexto do Direito Contemporâneo

Partindo-se da divisão apresentada por René David[2] em sua obra *Os grandes Sistemas do direito contemporâneo,* o panorama mundial identifica a família romano-germânica, família *common law*, família dos direitos socialistas, direitos muçulmanos, hindu, judaico do Extremo Oriente, da África negra e de Madagascar. O jurista francês conclui pela influência dos sistemas políticos e econômicos que esses modelos de família, enquanto sistemas jurídicos, sofrem, e destaca, ainda, a globalização como outro fato contaminador a esses.

Face isso, considera-se hoje a proximidade dos sistemas da família romano-germânica com a família *com-*

2 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad.de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

mon law, que se uniram num primeiro momento pela vértice religiosa cristã e, posteriormente, pelas mudanças políticas e econômicas que também caminharam para sentido comum.

Essa aproximação de sistemas é uma tendência natural, pela proximidade dos povos e abertura das estruturas políticas, e o que disso decorre, e interessa, é o consequente enfraquecimento do sistema codificado, a ascensão dos microssistemas normativos e o novo status que se emprega às fontes do direito, em particular aos princípios.

Ante isso, o estreitamento da estrutura familiar romano-germânica com a família *common law,* em franca e enriquecedora unificação, oportunizou a harmônica composição de uma estrutura mista, fruto de dois sistemas. A respeito desse fenômeno René David conclui:

> [...] *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra do direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países do *common law* como ocorre nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de Justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito.

René, adiante, afirma a tendência de se falar no direito ocidental em uma única família arrolando alguns países em que esta composição mista já pode ser identificada, na Escócia, em Israel, na África do Sul, Filipinas e Província de Quebec.

Isso tudo revela o quanto o Direito, em especial o Direito de Família, está cada vez mais próximo, ou sensível, à construção de decisões judiciais com suporte extremamente primordial em princípios, que, carregados de subjetividade inerente à construção desses e, ainda, pela louvável utilização de ciências multidisciplinares, como a psicanálise, aproximam essas decisões de um ideal de justiça e equidade. Não há outro ramo do direito que mais prescinda das ciências que estudam o ser humano, do que o direito de família.

É nesse sentir que as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira[3] se destacam:

> Das conhecidas e tradicionais fontes do Direito Positivo – a lei, jurisprudência, doutrina, os costumes, a equidade, o direito comparado, a analogia e os princípios gerais – interessa-nos aqui destacar, para melhor compreen-

3 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores do direito de família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 42.

> der e viabilizar uma aplicação prática, os princípios gerais do direito, especialmente para estabelecer princípios norteadores para o Direito de Família. É essa fonte do Direito que faz tornar inaceitável para o jurista uma decisão Judicial, ou uma solução no plano social que não seja justa e não esteja de acordo com a equidade. [...] Com a evolução e o desenvolvimento de um direito civil constitucional, os princípios ganharam uma força normativa muito maior e, consequentemente, perderam seu caráter de mera supletividade, como anunciado nos textos legislativos acima transcritos. É equivocada a ideia e o pensamento de que os princípios vêm por último no ato interpretativo integrativo. Ao contrário, os princípios, como normas que são, vêm em primeiro lugar e são a porta de entrada para qualquer leitura interpretativa do Direito.

Os princípios gerais do direito, na estrutura normativa brasileira, estão previstos na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942), que dispõe e consagra o rol das fontes do direito reconhecidas em nosso sistema legal e, inclusive, o faz de forma hierárquica, como se observa em seus artigos 4º e 5º:

> Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
> Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Da mesma forma assim faz o Código de Processo Civil através do art. 126:

> Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

A inserção dos princípios gerais do direito, seja na forma abstrata e subjetiva, seja de forma expressa na legislação, tanto no Brasil como na legislação de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, não é, portanto, novidade, muito pelo contrário.

O que o direito contemporâneo traz de novo é a valoração dos princípios, não apenas como fonte do direito, como um suporte interpretativo à norma, mas, sim, o seu reconhecimento até como norma, em coro à reflexão de Robert Alexy[4] que parte do pressuposto de que princípios e regras são espécies do gênero norma, pelo fato de que ambos dizem o que "deve ser".

---

4 ALEXY, Robert. *Teoria de lós derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83 – tradução livre do original em espanhol.

B) Na Constituição Federal:

A carga principiológica da Constituição Federal de 1988 foi, com certeza, um marco absolutamente distinto e positivo do Direito Brasileiro. Foi a partir daí que o sistema legislativo pátrio passou a ser sustentado, acompanhando a tendência jurídica ocidental, por uma hermenêutica constitucional que agrega regras e princípios a serem observados por todas demais disposições legais. E assim foi, para o Direito de Família, em especial o Código Civil e as leis afetas a esse ramo. É fruto, então, dessa realidade normativa constitucional, a nova ordem civil, a do Direito Civil-Constitucional.

O Título I da Constituição Federal, *Dos princípios Fundamentais*, é composto por quatro artigos, no art. 1º, inc. III consta o princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 3º, inc. I o princípio da solidariedade. Estes dois princípios inauguram o texto constitucional e carregam não apenas para este, mas para todo repertório normativo brasileiro, o cunho imperativo que têm e que, como dito na introdução, faz com que o indivíduo seja, para todo fim, o sujeito para quem a norma deve ser feita, a quem a norma deve proteger e isso deve ser observado em toda e qualquer decisão judicial ou no plano social.

A Constituição consagra o princípio da igualdade e do respeito às diferenças, respectivamente, nos artigos 3º, inc. IV e 5º *caput,* e o da autonomia e da menor intervenção estatal (artigos 3º, inc. I; 4º, incisos III e IV; e 5º, *caput*).

Esses princípios são identificados de forma absolutamente direta, pois expressos de plano no preâmbulo Constitucional, inclusive, sob o título de "princípios fundamentais". Ao longo do texto, porém, outros despontam de forma também expressa, porém, não com identificação imediata como um princípio, porque insertos no corpo de uma norma específica, como, por exemplo, o da paternidade responsável identificado direta e expressamente no art. 226, §7º.

Rodrigo da Cunha Pereira[5] (2012, p. 58), sempre lembrado e invocado por sua mestria ao discorrer sobre o tema (Princípios Fundamentais nortea- dores do Direito de Família) aponta, além dos princípios acima, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227), da pluralidade de formas de família (art. 226, §4º), da paternidade responsável (art. 226, §7º, art. 227 e art. 229) e, ainda, da monogania, da afetividade e da responsabilidade.

5 Op. cit. p. 5.

2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

A) O rol constitucional e sua aplicabilidade

Está no art. 1º, inc. III da Constituição Federal do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. É, portanto, o princípio máximo, até porque é o que melhor representa e o produto de toda a mudança da estrutura jurídica hermenêutica e legislativa, antes referida, que passou a priorizar o indivíduo como destinatário principal da lei.

A proteção dos direitos inerentes ao ser humano, em qualquer esfera legislativa é justificada, aplicada e interpretada, sempre, em atenção à dignidade da pessoa.

Ingo Wolfgan Sarlet[6] conceitua dignidade da pessoa humana como:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para Sarlet, a dignidade tem um caráter normativo justamente em razão de ser, dentre os princípios da ordem constitucional, o fundamental com relação à pessoa. Afirma, ainda, que esse princípio também atua como parâmetro (tanto limitar quanto protetor) quando há colisão entre os direitos fundamentais e/ou entre princípios. É o princípio dos princípios.

O Direito de Família é o ramo do Direito Privado em que a proteção da pessoa humana mais se impõe, pois qualquer conflito por envolver pessoas ligadas por vínculos de parentesco, sanguíneo ou socioafetivo, coloca o indivíduo a mercê, no mínimo, de um abalo emocional.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama[7], as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada integrante e, complementa:

---

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

7 DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; GUERRA, Leandro dos Santos. A função social da família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.39, dez.-jan. 2007, p. 157.

> Do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem a despratrimonialização e a repersonalização das relações de família, substituindo-se a ênfase no tratamento das relações patrimoniais entre cônjuges, companheiros e parentes pela valorização de aspectos existenciais, procurando-se garantir, acima de tudo, o direito da personalidade de cada membro do grupamento familiar. A dignidade da pessoa humana, alçada no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro, encontra na família o solo apropriado para seu enraizamento e desenvolvimento, o que justifica a ordem constitucional no sentido de que o Estado dê especial e efetiva proteção às famílias, independentemente de sua espécie.

Não há, portanto, que apreciar qualquer situação jurídica ou conflito familiar sem atenção ao princípio que, acima de qualquer norma ou mesmo de qualquer outro princípio cuida e protege o ser humano, tanto na concepção física ou psíquica desse.

O princípio da solidariedade decorre do dever natural de cuidado, de zelo e assistência ao outro, assim, é reconhecido como um dever constitucional e civil, especialmente entre familiares. É a solidariedade, enquanto princípio que impõe à sociedade, ao Estado e a família e seus membros, através de outras normas específicas, o dever de proteção a criança, ao idoso, ao adolescente, de proteção a entidade familiar, de assistência material e imaterial dentre outros.

A solidariedade, portanto, mesmo no âmbito particular (entre integrantes do mesmo grupo familiar) não está arraigada unicamente no material, no patrimonial, mas também está no afetivo e psicológico.

Da mesma forma, pode-se identificar no art. 226, §8º, da Constituição Federal, ao dispor que "O Estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Como aponta Flávio Tartuce[8], a consagração desse princípio, então, como solidariedade social, na ótica familiar, a partir do momento em que sua observância e efetivação é imposta ao Estado.

O princípio da igualdade está identificado no art. 3º, inc. IV da Constituição Federal que dispõe ser um objetivo fundamental da República – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação.** Esta parte final justifica o grifo (que não é original), porque transporta ao Direito de Família sua carga valorativa para o fim de respaldar, não apenas toda e qualquer norma proibitiva à discriminação, mas, também, para

8 TARTUCE, Flávio, em artigo publicado em: http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2.

impor a igualdade em específicas situações.

A consagração do princípio da igualdade também está expressa no art. 5º, caput e inc. I. Ao longo da Carta Maior, de forma específica, é, ainda, identificado este princípio quando reconhece e impõe a igualdade entre os filhos (no art. 227, §6º), entre os cônjuges e companheiros (no art. 226, §5º) e na gerência familiar (nos artigos 226, §5º e 227, §7º). Quer dizer, todos os filhos são iguais perante a lei e não se admite tratamento desigual e discriminatório em razão do sexo do membro da entidade familiar, seja numa relação pessoal seja patrimonial.

Na sequência ditada pelo título anterior desponta o princípio da autonomia e da menor intervenção estatal (artigos 3º, inc. I; 4º, incisos III e IV; e 5º, *caput*).

A doutrina clássica, por maioria expressiva de doutrinadores, dentre os quais Pontes de Miranda, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira afirma que o Direito de Família é um ramo do Direito Civil e, portanto, situado na esfera do Direito Privado. Silvio Rodrigues, jurista não menos brilhante que os demais, não corrobora com esse entendimento.

Hoje, essa questão é retomada porque, como se reconhece o interesse prevalecente da sociedade e do Estado na proteção da família, as normas constitucionais e infraconstitucionais impõe a estes o dever de proteção por disposições diversas; tendo, o problema acerca do limite de intervenção do público no privado em questão, novo contorno.

A questão avança para contraposição do princípio da menor intervenção estatal e o da autonomia da vontade, que para maior parte da doutrina, está presente no Direito de Família não apenas como limitador daquele, mas também como intrínseco às relações familiares.

Indagações acerca do quanto a intervenção estatal opera, de forma excessiva ou não, ao legislar regulamentando a união estável, ao dispor sobre a imputação da culpa para o fim do casamento, ou sobre a irrenunciabilidade do direito aos alimentos entre os cônjuges, para citar alguns exemplos, é o que demonstra a relevante análise e ponderação desse princípio constitucional.

Não haveria em situações como as exemplificadas acima, eventual excesso intervencionista, inclusive com invasão à autonomia da vontade? É a autonomia da vontade um princípio do direito de família ou seria este apenas afeto ao direito das obrigações?

Rodrigo da Cunha Pereira[9] (p. 189) ao discorrer sobre o princípio em vogue conclui:

9 Op. cit., p. 5.

> O desafio fundamental para a família e das nas normas que a disciplinam é conseguir conciliar o direito à autonomia e à liberdade de escolha com os interesses de ordem pública que se consubstanciam na atuação do Estado apenas como protetor. Essa conciliação deve ser feita por meio de uma hermenêutica comprometida com os princípios fundamentais do Direito de Família, especialmente o da autonomia privada, desconsiderando tudo aquilo que põe o sujeito em posição de indignidade e o assujeite ao objeto da relação ou ao gosto de outrem sem o seu consentimento.

Da Cunha Pereira destaca, ao final, que a Emenda Constitucional n. 66, de 13.7.2010, ao abolir o prazo para requerer o divórcio reforçou o princípio da intervenção mínima do Estado.

Adentrando nos artigos constitucionais do Capítulo VII, *Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso*, identificam-se os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente (no art. 227), da pluralidade de formas de família (art. 226, §4º), da paternidade responsável (art. 226, §7º, art. 227 e art. 229) e da monogania, da afetividade e da responsabilidade.

O artigo 227, essencialmente, abriga o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, para tanto, arrola inúmeros deveres à família, à sociedade e ao Estado que compreendem propiciar à criança e ao adolescente um desenvolvimento digno, obrigando a todos em razão da especial atenção e proteção que merecem por estarem, ainda, em formação e consequente dependência integral para seu desenvolvimento.

É certo que, a aplicação desse princípio de forma direta e específica mostra-se não menos relevante no caso concreto, como, por exemplo, num conflito cujo escopo é a regulamentação da guarda da criança.

O reconhecimento da união estável e da família monoparental, como entidades familiares, que veio a ser consagrado pela Constituição Federal através do §4º do art. 226 abriga ao princípio da pluralidade das formas de família. A discussão que a partir de então tomou expressão doutrinária é se as entidades familiares protegidas pela Carta Maior se limitam as ali referidas ou não. Os Tribunais Pátrios tendem a, com suporte ao princípio da dignidade, estender o rol e reconhecer outras formas de entidade familiar além das duas arroladas.

O art. 226, §7 da Constituição Federal faz alusão direta e expressa ao princípio da paternidade responsável. No dizer de Guilherme Calmon Nogueira da Gama[9] (2007, p. 158):

> O princípio da paternidade responsável se expressa através do direito ao

10 Op. cit., p. 9.

> planejamento familiar e da obrigação dos pais de respeitar, educar, criar e auxiliar material e imaterialmente os filhos. Como já foi registrado, há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício de suas liberdades ínsitas à sexualidade e à procriação, podem gerar uma nova pessoa humana cujos bem-estar físico, psíquico, espiritual e vida devem ser priorizados em consonância com os direitos fundamentais reconhecidos em seu valor.

O exercício, portanto, da paternidade responsável tem seu início no exercício livre à sexualidade e à procriação, no entanto, uma vez gerada a pessoa humana, o indivíduo por esta responsável deverá, pela condição de genitor, atentar aos direitos desse ser humano e, para tanto, atender as disposições contidas nos artigos 227 e 229 da Carta Maior.

A aplicabilidade desse princípio, no caso concreto, se revela no não acolhimento do desemprego como justificativa para fins de elidir o executado do cumprimento da obrigação alimentar, em sede de execução de alimentos, pois se o mesmo encontra dificuldade em sua mantença ele, pelo menos, é detentor de capacidade laboral e por isso, está ao seu alcance a mantença do filho que, ao contrário, depende integralmente dele e não detém esta capacidade em razão de sua idade.

B) A monogamia, a afetividade e a função social enquanto princípios "não expressos"

Nosso texto constitucional, conforme demonstrado nos títulos anteriores, é extremamente rico ao dispor de forma expressa acerca dos princípios que abrigam, a partir de sua promulgação, o Direito de Família.

A resposta ao fato, à nova realidade que se moldou, e que num ritmo cada vez mais acelerado altera seus moldes, veio, com muito brilhantismo, recepcionada na Constituição Federal de 1988.

O fato se impõe ao Direito e é em razão dele que se criam ou se modificam as leis. A par desta uníssona afirmação, há de se reconhecer que o fato para assim o fazer deve conter uma carga de aceitação (democrática) da sociedade que o reconhece e aceita porque não afronta princípios subjetivos norteadores da sociedade.

Esses princípios carecem de recepção expressa explícita no texto normativo, pois estão compreendidos de forma absolutamente inerente, simbiótica na sociedade decorrente de um consenso entre os indivíduos que a integram.

Rodrigo da Cunha Pereira[11] (2012, p. 19), quanto aos princípios não expressos ao invocar Noberto Bobbio destaca:

---

11 Op. cit., p. 5.

> Os princípios gerais não expressos são aqueles que estão contidos e subentendidos no texto legal, ou melhor, são aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou, pelo menos, não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formulados pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.

Adiante, o autor, ao apontar esses princípios insertos em nosso ordenamento jurídico, reporta-se à moralidade pública no Direito Administrativo e à monogania no Direito de Família que diz ser um princípio não expresso, que paira sobre todos os textos legislativos, ou seja, nenhuma lei poderá ir de encontro a este princípio jurídico, pois se o fizer haverá imposição de uma reorganização do sistema.

Quer dizer, a monogania é um princípio cultural e é com base nesse que estão organizadas juridicamente todas as formas de família conjugal que se identificam em nosso sistema. É, portanto, uma questão cultural e organizacional (interdito proibitivo) e não moral, como se pode, numa análise rasa, concluir.

O Código Civil ao dispor da fidelidade (art. 1.566) e da lealdade (art. 1.724) como deveres recíprocos do casamento e da união estável, assim como ao repudiar o concubinato (art. 1.727), o faz em razão do princípio da monogania.

O reconhecimento do afeto enquanto princípio norteador do Direito de Família Contemporâneo é resultado claro e absolutamente positivo da valoração primeira do indivíduo. O sentimento é impulso psicológico inerente ao ser humano, logo, o sentir afeto, o desenvolver afeto é instinto natural, não submetido a um controle racional.

O afeto é um sentimento positivo e, por assim ser, a sua ação e o seu desenvolvimento sempre se prestam à construção de uma relação familiar saudável, pois fruto de uma vontade intrínseca e genuinamente verdadeira de formar um vínculo, de se entrelaçar.

Todo o novo trilhar normativo atento ao indivíduo e sustentado na dignidade da pessoa humana é possível, e bem mais realizável, em razão do aporte de ciências multidisciplinares que se dedicam ao estudo do ser humano, de sua origem, de sua sociedade e de sua mente. Particularmente com relação ao afeto no Direito de Família, a psicanálise é, dentre estas disciplinas a que maior contribuição oferece.

O afeto aproxima e justifica o nascimento de uma relação familiar, assim como a ausência dele numa relação familiar cuja origem é unicamente sanguínea, se presta não apenas a sua desconstituição como, não raro, a inviabilizar a formação, o desenvolvimento e a vivência digna de seus membros, especialmente dos que

se encontram mais vulneráveis dentro do núcleo familiar.

A família, enquanto instituto social e jurídico, é reconhecida e elevada à condição de base da sociedade por ter uma função essencial dentro desta. É na família que o ser humano nasce e nela se desenvolve. Se assim não for, caberá ao Estado, aos membros da sociedade e aos que por vínculo de parentes estão a esse ser ligados, a inserção deste num núcleo familiar.

Nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama[12] (2007, p. 163):

> Ressalve-se, todavia, que a existência da função social de um instituto independe de sua menção expressa em texto, seja constitucional ou legal. Partindo do pressuposto de que o Direito é um produto cultural, fruto dos anseios de determinada sociedade, resulta, como óbvio, que todo instituto jurídico é criado e tem um determinado fim a cumprir.
> [...]
> Assim, impõe-se, atualmente, um novo tratamento jurídico da família, tratamento esse que atenda aos anseios constitucionais sobre a comunidade familiar, a qual deve ser protegida na medida em que atenda a sua função social, ou seja, na medida em que seja capaz de propiciar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros.

O irretocável *status* da família como base da sociedade decorre justamente do fato de ser esta o berço primeiro do ser humano que dela depende e nela se desenvolve. Assim, toda formação desse indivíduo será reflexo dos valores que receberá através e na sua família.

Flávio Tartuce[13] (06/2006), quanto ao princípio da função social da família, afirma:

A jurisprudência, por diversas vezes, reconhece a necessidade de interpretação dos institutos privados de acordo com contexto social.

Em suma, não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade.

CONCLUSÃO

A identificação dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro a partir do texto constitucional de forma expressa, ou não, é tarefa de profunda importância para que se chegue o mais próximo possível a decisões, especialmente, no âmbito dos conflitos familiares, justas e equânimes.

Com certeza a globalização e o rompimento de alguns sistemas po-

12 Op. cit., p. 9.
13 Op. cit., p. 11.

líticos e econômicos se prestaram à aproximação, positiva, dos sistemas de família, em especial da *common law* e da romano-germânica. No entanto, a par desse fenômeno originar ou não um sistema misto, ele impõe aos operadores do direito o esforço de reestruturar e adequar a hermenêutica jurídica a esse novo cenário.

Os princípios, que se fundam no reconhecimento de um valor elevado a essa condição por seu cunho cultural, de aceitação e moldagem e, por isso, norteador da sociedade, são, por certo, das fontes do direito, a que melhor se presta para assentar os conflitos ante essa nova realidade.

A interpretação da norma a partir dos princípios, não apenas enriquece o fundamento da decisão que assenta um conflito como contribuiu para aceitação e efetivação desta. Isso, num momento social tão turvo e instável como o que hoje se enfrenta é a contribuição maior que a ciência do direito pode propiciar aos seus destinatários.

É por essa nova trilha principiológica, inclusive, que o direito responde dirimindo situações de conflitos que decorrem de fatos não mais clandestinos ou raros na sociedade, como famílias simultâneas ou uniões homoafetivas dentre outros. Os princípios, para tanto, se somam e, assim, fundamentam as decisões.

No dizer de Dimas Messias de Carvalho[14]:

> O respeito à dignidade da pessoa humana e à liberdade de planejamento da família, fundada na afeição mútua e no pluralismo, conferem aos seus membros a opção de constitui-la não apenas no casamento, e ter assegurada pelo Estado a assistência e criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, §8º, CF), permitindo a realização da personalidade plena dos membros da família.
>
> Inquestionável, diante de novos conceitos e ideais da família moderna, sob a proteção dos princípios constitucionais, notadamente da liberdade, o reconhecimento da entidade familiar nas uniões homoafetivas e mesmo nas famílias simultâneas. Em consequência, deve a escolha ser respeitada e a entidade familiar receber o manto da legalidade, aplicando-se regras protetoras da união estável, permitindo aos parceiros usufruir dos benefícios proporcionados no plano da lei e na esfera das relações sociais, vedando a discriminação pela opção sexual ou modelo de família, e preservando a dignidade da pessoa humana.

O referido autor identifica, portanto, a proteção de constituições familiares diversas ou simultâneas com

14 CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 3. ed. Lavras, MG: Unilavras, 2014, p. 93.

fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de planejamento familiar, mas isso é apenas um exemplo, pois institutos como dos alimentos compensatórios é reconhecido e aplicado em decisões correntes com suporte ao princípio da igualdade entre os cônjuges, somado ao da solidariedade.

É essa a nova estrutura interpretativa que responde aos anseios da sociedade contemporânea no que tange ao Direito de Família, que faz uso dos princípios como fonte basilar do direito pátrio, sejam os insertos na Constituição Federal, sejam os que norteiam por razão cultural intrínseca que dispensa até a forma expressa.

Sérgio Gischkow Pereira[15], com sua irretocável mestria doutrinária, especialmente dedicada ao Direito de Família, foi sensível ao afirmar:

> Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas, sim, voltado para as angústias e os problemas de toda coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais.

O ser humano nasce e se desenvolve para viver em sociedade, para integrar e fazer parte de um grupo social. Logo, a saúde desse grupo depende da formação de cada um de seus membros e essa ocorre na família. Por isso que a composição dos conflitos familiares, *an passant*, pode ser vista em si mesma, porém, sua análise detalhada mostra a extensão de seus reflexos, sejam positivos ou negativos. É isso que justifica a importância e dedicação ao tema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução livre do original em espanhol. p. 83. Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 8-9.

BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

15 PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 628, p. 19-39, fev. 1988.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Nova Editora, 2004.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. Lavras, MG: Unilavras, 2014, p. 93.

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. V. 1. Direito de família, 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. A união estável: um conceito? In: ALVIN, Teresa Arruda; LAZZARINI, Alexandre Alves. (Org.) *Direito de família*: aspectos constitucionais, civis e processuais. Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, V. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 19-44.

DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; GUERRA, Leandro dos Santos. A função social da família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 39, dez.-jan. 2007, p. 157.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores do direito de família*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 42.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principiologia para o direito de família. Família e Sucessões sob um olhar prático*. Porto Alegre: IB*D*FAM, 2013. p. 30-45.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, V. 628, p. 19-39, fev. 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

TARTUCE, Flávio, em artigo publicado em: http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2.

LEVIN GOLDSCHMIDT

Peter Walter Ashton[1]

Levin Goldschmidt nasceu em 17 maio de 1828, na cidade de Danzig, Alemanha, atualmente Polônia. Faleceu em Bad Wilhelmshöhe, hoje KasseL, Alemanha, em 16 de julho de 1897. De 1847 a 1851, Goldschmidt estudou Ciências Jurídicas e Sociais nas Universidades de Berlim, Bonn e Heidelberg, obtendo o título acadêmico de doutor em Direito em 1851, pela Universidade de Halle. Advogou durante alguns anos perante os tribunais da sua cidade natal, Danzig. Obteve, em 1855, o título de Livre Docente pela Universidade de Heidelberg, onde passou a ser professor adjunto em 1860. Enquanto professor em Heidelberg publicou: *Crítica do Projeto de Código Comercial para os Estados Prussianos* e ainda *Parecer do Projeto de Código Comercial Alemão*. Publicações elogiadas e que passaram a caracterizá-lo como um jurista perspicaz, crítico e ponderado. Nesta época (1858), fundou a *Revista Jurídica Para Todo Direito Comercial*: *Zeitschrift Für das Gesamte Handelsrecht*. Pouco depois, em 1862, ainda em Heidelberg, publica: *Excorço de Uma Enciclopédia das Ciências Jurídicas – Encyclopädie der Rechtswissenschaft im Grundriss*. A partir de 1862, passa a dedicar-se a escrever a sua obra magna: *História*

1 Professor titular aposentado nas Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre e doutor em Direito. Livre-docente em Direito Comercial. Advogado militante e consultor jurídico.

Universal do Direito Comercial, que lhe rendeu o reconhecimento internacional como o mestre da história do direito comercial.

Em 1866, Goldschmidt foi promovido a catedrático da Faculdade de Direito de Heidelberg. A seguir, foi distinguido com a posição de Conselheiro de Justiça junto ao Tribunal Federal Comercial de Leipzio. Pouco depois, passou a atuar no Superior Tribunal Comercial do Império. Em 1875, convidado, passou a lecionar como catedrático na Universidade de Berlim. Em Berlim foi distinguido com o título e a posição de Conselheiro Secreto de Justiça. Também foi Deputado Federal do Reichstag Alemão, representando a cidade de Leipzig.

Como professor, Goldschmidt também se interessou pela montagem e currículo dos estudos das Ciências Jurídicas e Sociais – dos Cursos de Direito – publicando: *O Estudo tri-anual das Ciências Jurídicas e do Estado*. Analisou o conteúdo dos cursos jurídicos bem como as provas e os exames de estado de aprovação dos ditos cursos.

Goldschmidt venerava o historiador Theodor Mommsem, nascido em 1817, professor de Direito e História Romanos em Zurich e Berlim que, com o seu livro *A História de Roma*, foi distinguido com o Prêmio Nobel de Literatura em 1902.

Em decorrência dessa admiração por Mommsem e seu estilo de pesquisa, a obra de Goldschimdt também é uma admirável pesquisa das fontes do Direito Comercial abrangendo um arco de riquíssimo material de fontes de mais de dois mil anos.

Na sua obra magna *História Universal do Direito Comercial*, inicia Goldschmidt com a análise do conceito e dos ramos do Direito Comercial.

Traça as linhas básicas e os princípios de um Direito Comercial Universal. Aponta as origens históricas e as características do Direito Comercial (DC) como um direito especial (Sonderbildung). Ressalta o espírito reformista do DC frente ao Direito Civil generalista. Registra a necessidade de colecionar as fontes do DC e de um exame criterioso da literatura jurídica de cunho comercialista. Estabelece vinculações do DC com a história cultural dos povos e com as economias nacionais.

No segundo capítulo do seu livro mostra um panorama histórico do desenvolvimento do DC. A seguir, no capítulo três, ao analisar problemas econômicos e jurídicos básicos do DC, foca a situação do DC nos tempos históricos pré-escrita e pós-escrita, analisando o escambo e o comércio de compra e venda, a moeda, os ambulantes, o comércio estabelecido, o comércio em nome próprio e o comissionado, o comerciante estrangeiro, o papel do tradutor, dos corretores o comércio a varejo e por atacado.

Passa a analisar preços, mercados e feiras. O transporte dos bens por ter-

ra e mar. A formação das caravanas, a construção de estradas e a formação de cidades.

Analisa os tipos de embarcações, o comércio marítimo, a pirataria e os almirantados. Ressalta a importância superior do comércio marítimo para a formação do DC. Trata das feitorias comerciais e da fundação de colônias.

Destaca a importância do crédito, dos juros do capital e os excessos das cobranças de juros bem como o anatocismo. Ressalta a importância do Direito das Obrigações, do comércio bancário da expansão, da exportação de bens.

Mostra Goldschmidt a organização capitalista da sociedade. Trata da importância histórica da escravidão para o comércio na antiguidade e as influências do feudalismo. Registra o pleno desenvolvimento das associações com o desaparecimento da escravidão e do feudalismo. Passa a analisar o surgimento dos diversos negócios comerciais diferenciados e a tendência de simplificação e padronização dos negócios. Critica a diminuição (Verengung) das atividades comerciais privadas pela ingerência do poder estatal.

Apresenta as origens históricas dos institutos jurídicos comerciais. Explica a metodologia de análise e pesquisa histórico-genética em contraponto à metodologia de pesquisa por isolamento dogmático.

Perfila os principais povos que com a sua cultura promoveram o comércio mundial internacional. Destaca fenícios, gregos e romanos. Destaca, analisa e diferencia o Direito Comercial Universal do nacional.

No capítulo 4, inicia a análise do DC da antiguidade. Dá um panorama: dos países do Mar Mediterrâneo, Egito, Babilônia, Assíria, Fenícia, Grécia, especialmente Ática. Rhodos e o pseudo Direito Marítimo da Ilha de Rhodos. Apresenta e analisa as teorias dos filósofos da antiguidade sobre comércio e comerciantes.

Dedica atenção especial na sua análise e estudo a Roma. Assim explica o que, para Roma, significava comércio e trabalho. Caracteriza a situação econômica de Roma ao fim da república e na época imperial.

Analisa a economia monetária romana e o tráfego creditício da época. Mostra a centralização do comércio e dos institutos a ele vinculados no império romano. O comércio romano atacadista capitalista. Assinala a paucidade em Roma de normas especiais de Direito Comercial confrontada com a elasticidade e pujança do *jus civile* comum. Destaca elementos e características do *jus civile* comum quando empregado para regular o comércio e o tráfego comercial. O direito da URBS, o direito vulgar e as usances – usos e costumes comerciais da época. Confronta o direito da cidade de Roma *ius civile* com o *ius gentium*. Da época do império alto.

No capítulo 5, Goldschmidt analisa a situação do Direito Comercial na Idade Média. Perfila potências mundiais da época e a posição da Igreja Católica: O Império Bizantino. Os árabes. A monarquia dos francos. Tribos germânicas e povos romanizados. Cidades e associações profissionais. Ordens religiosas. Mosteiros. A posição dos judeus. A proteção real dos comerciantes do santo império alemão. Os direitos das feiras, dos comerciantes medievais. As corporações. A liga Hanseática. Medidas e Pesos. Os perigos e obstáculos do comércio por terra e por mar/fluvial. A pirataria, assaltos, vingança. O Contrato de Prestação de Serviços de homens livres. Feitorias. Milícias de proteção. As alfândegas, Direitos de Hospedagem. Sistema de Represálias. Trancamento monopolístico. Uso do Direito Romano e do Direito Germânico. As certidões. A polícia de trânsito dos francos. Novos usos e costumes. Jurados e juízes das cidades e das feiras, idem ao policiamento. A paz nos mercados e nas feiras. A assinatura mercantil civil nos contratos. A internacionalização dos usos e costumes comerciais. Influências mercantis no Direito Processual. A visão jurídica germânica em luta parcialmente vitoriosa contra o Direito Romano. A legislação e a prática da Igreja Católica Romana. A teoria católica dos juros extorsivos. A tutela religiosa dos negócios mercantis e em geral.

A seguir, Goldschmidt passa a estudar os países do Mediterrâneo, especialmente a Itália. Razões do precoce desenvolvimento mercantil da Itália. Veneza, Amalfi, Pisa, Gênova, Lucca, Milano, Bolonha, Florença, Roma etc. O Direito Estatutário. Os usos e costumes. A prática dos tabeliães. Certidões e certificações. Contratos de comércio marítimo e terrestre. As constituições das cidades. As associações dos cambiadores de moedas e dos banqueiros. A Lombardi. As constituições e os estatutos das corporações, especialmente os estatutos dos comerciantes. Os tribunais consulares. A "*questio commercium*" ou "*Handelsache*". O processo respectivo. Os *consulatus maris* e outros direitos marítimos especiais. Os juizados de medidas e pesos. O tráfego internacional e os tratados entre estados soberanos. Os cônsules itinerantes e os permanentes. Os comerciantes italianos no exterior. Associações de comerciantes de diversas cidades ou de nações. Os comerciantes italianos na França.

A PENÍNSULA IBÉRICA. FRANÇA. AS FEIRAS FRANCESAS

Capítulo VI. Os resultados da formação de normas jurídicas derivadas dos Direito Romano na Idade Média. O Direito Pessoal: o comerciante, a

matrícula, o registro comercial, as filiais, as marcas de comércio. A firma. Menores. Mulheres casadas ou comerciantes. Livros. Contabilidade. Os direitos dos corretores, aprendizes e estagiários. Os empreendimentos comerciais (societários). Tipos diversos. Origens diversas. A *Commenda*. A sua história na Antiguidade, no Direito Bizantino. Sua vinculação com o empréstimo marítimo. A *Commenda* com participação de capital unilateral e bilateral (*societas maris – societas terrae*). A *Commenda* como negócio de crédito geral (com forma societária). A gerência do negócio. Pluralidade de *commendas*. Transposição da *commenda* ao comércio terrestre, especialmente aos negócios bancários. Vinculação da *commenda* ao *depositum irregulare.* Separação paulatina dos bens da sociedade dos bens especiais dos participantes. Obrigação de registro. A firma da sociedade. *Accomandita* e a *participatio*. A *colonna*.

A sociedade aberta e coletiva (*A Compagnia*). A firma dessa sociedade. A sua representação. O seu registro. O registro geral das sociedades. As relações internas. Os bens societários separados e especiais (*corpo della societas*). A obrigação de prestar contas. O processo de liquidação. O fechamento de negócios de parte de sócios individuais, sob a forma da sociedade, baseia-se originalmente sobre a procuração. A outorga recíproca de poderes tem origem nos usos e costumes: é a fórmula presuntiva multilateral da *prepositio institória*. Paulatina formação da responsabilidade ilimitada dos sócios. Vinculação com a estipulação usual de responsabilidade solidária. Vinculação ao sistema de represálias. Relação nas origens à associação familiar germânica. Especialmente a restrição dispositiva de bens. A copropriedade.

As sociedades de capital de ações. Sua origem no empréstimo a juros vinculado ainda ao arrendamento (*compera*). Os empréstimos públicos: monte, maona. A associação de capital dos credores do Estado (*societates comperarum*, *monti, maonae*), especialmente em Gênova. As *maonae* das ilhas de Chios Phokaea e Chipre. O Banco de São Jorge.

O Direito das Coisas. O sistema de reivindicações. A cláusula *constituti*. A *traditio* simbólica ou ficta. O Direito de perseguir o bem. O Direito do Penhor. O direito de retenção. Papéis de transporte e de depósito/armazenamento.

O Direito Contratual. Generalidades. A *equitas mercatoria* e os usos e costumes comerciais. O tráfego creditício, especialmente o internacional. O contrato sem forma. O contrato abstrato e a *cautio* indiscreta. O processo de execução. As renúncias usuais ao direito de questionar o contrato. A cláusula *privilegia fori*. O pagamento em quaisquer localidades. Vantagens processuais. Direito à cláusula solidá-

ria e obrigações decorrentes da cláusula solidária. Renúncia aos *beneficia excussionis e divisiones*. Representação e mandato. Confirmação da prestação em relação a terceiros e por meio de terceiros. Pena convencional. Juros moratórios. Indenização. Prova do direito aos juros moratórios. A obrigação de contratar. A *Lex Anastasiana*. Moeda, moeda mundia, moeda da conta. A cláusula "de acordo com o valor e a cotação". Preocupação com o curso da moeda correta. Operações de crédito e de pagamento. Bolsas. Custo das mercadorias e do dinheiro.

Os principais negócios comerciais da época: compra e venda, câmbio, pesos e medidas. Bens do comerciante. Ação redibitória. Restrições a reclamações. O empréstimo a juros. O negócio bancário. O negócio do depósito e as cédulas defitais (*fedi*: cédula bancária primitiva). A concordância de pagar do banqueiro caracterizada por uma certidão de crédito no livro do banco. Equivalência desta certidão de crédito a um pagamento à vista. Os negócios de capital de giro. O cheque giro e o cheque de pagamento. Abertura de crédito. A prestação de contas. Os negócios de conta corrente. A fiança do crédito. Os negócios de remessa e de cobrança. As negociações de empréstimo. O desconto. O banqueiro particular e os bancos públicos. O negócio comissionado e o negócio de expedição. O negócio de fretamento de cabotagem e a certidão de carregamento. A Carta de fretamento. Comunicação. Os negócios do armazém de depósito e o certificado de depósito.

Capítulo VII – O Direito Marítimo. O empreendimento comercial de pequena envergadura e a sua regulamentação jurídica. Situação econômica que se aproxima da situação econômica existente ao tempo do império romano. *Consulate del Mar* e Direito romano. O navio. O armador. Sua responsabilidade ampliada. Responsabilidade limitada. A mercadoria embarcada. O armador correspondente. O contrato de fretamento. A lista de bens embarcados e o conhecimento de transporte. O contrato de transporte de passageiros. Avaria. Colisão de navios. Salvamento. O Empréstimo marítimo. Negócios creditícios em geral em relação à chegada segura. O empréstimo considerando perigos em terra. A compra a crédito e a compra de bens a serem fornecidos considerando perigos marítimos. O surgimento do contrato (em alemão, *Bodmerei*, em francês, *Contract à la Grosse* e em inglês *Bottomry*). A letra de câmbio marítimo. O processo no Direito Marítimo.

Capítulo VIII – O Seguro. Características gerais. O seguro recíproco. A ideia do seguro com prêmio moderno surgiu na Itália ao redor dos séculos XIII e XIV. Originou-se do contrato de empréstimo marítimo e por muito tempo sua formatação seguiu as características deste último. Não se originou da aposta (*sponsio*).

A contratação do seguro considerando os perigos e a repartição do risco passou a ser um negócio profissional. O interesse assegurado e o seguro aposta. Sua relação com o anatocismo. A apólice. Direito do seguro marítimo a partir do fim do século XIV. Obrigação de comunicação. Estorno. Presunção, vale dizer, ficção do momento do acontecimento do sinistro. Abandono. O processo. A legislação.

Capítulo IX. O Direito das Certidões e Certificações. A certificação dos negócios jurídicos. Os lançamentos contábeis. Certidões entregues ao destinatário como material de prova. Os títulos de crédito. Origem e natureza jurídica. Títulos à ordem, nominativos e ao portador. A cláusula à ordem ativa como elemento típico da certidão dos negócios na Idade Média. Seu significado jurídico. A indicação do favorecido da cláusula à ordem por intermédio de uma certidão procuratória, após conhecido como Endossemant (endosso), também conhecido como girata aposto no título. Os títulos nominativos. Os títulos ao portador. As cartas de crédito gerais a favor de pessoas desconhecidas. A cláusula à ordem passiva: *per me vel per meum nuncium* (*missum*) e similares. Os subprocuradores (Surrogate) dos mesmos. O negócio à distância, especialmente o negócio cambial.

Capítulo X. A letra de câmbio. Conceito técnico. O negócio cambial oral. O negócio cambial escrito é *ab initio* um negócio creditício de caráter geral utilizado para remessa de dinheiro para uma outra praça. Origem na Antiguidade e na Idade Média. Origem no comércio marítimo no exterior. Negócio que se aproxima do empréstimo marítimo como negócio de remessa. A cláusula latina "salvum interra". Passagem do instituto jurídico para os negócios internos ou domésticos. A forma mais antiga da certidão de câmbio ou da letra de câmbio é a letra de câmbio própria domiciliada. Há provas da sua existência desde a metade do século XII. Sua forma típica. A cláusula cambial especialmente as relações múltiplas de moedas (*valuta*) diferenciadas. Obrigação de indenizar, automática, do emitente da letra de câmbio em certas condições como obrigação de regresso. A letra de câmbio na sua origem era uma remessa de dinheiro comum, inicialmente sem obrigação de regresso do emitente da letra. Não originária de registros contábeis. Meramente execução da letra de câmbio própria que é necessariamente a sua base, bem como por inserção e preenchimento da cláusula à ordem ativa e passiva. Daí a expressão "tracta et remissa". As quatro pessoas envolvidas na letra de câmbio medieval. Prova da existência da letra de câmbio desde meados do século XIII. A letra de câmbio original transforma-se na Carta de Câmbio autônoma.

Isso assim ocorre porque a letra de câmbio passa a incorporar, necessariamente, os elementos intrínsecos da carta de câmbio e, por isso, não necessita como base um câmbio próprio especial. O entendimento implícito da promessa de regresso na letra de câmbio de parte do sacador. Quem pode usar da ação de regresso. O desenvolvimento e a formação da letra de câmbio para um título à ordem. O endosso. O aceite. O aval. As duplicatas. As intervenções cambiais. O protesto. O regresso. A prescrição e a data de vencimento. O comércio das letras de câmbio e as cotações das letras de câmbio. O processo de cobrança. As leis cambiárias. A literatura especializada. A posição da Igreja face aos negócios cambiários.

Esse vasto elenco de matéria de Direito Comercial pesquisado, ordenado e verificado como foi por Goldschmidt, em 1891, vê-se hoje reproduzido, mais de 120 anos depois, em todos os manuais brasileiros de direito comercial. Pode ser afirmado, com certeza e tranquilidade, que os atuais autores e professores de Direito Comercial seguem, quase ao pé da letra, a forma e o conteúdo da matéria de Direito Comercial tal como foi apresentada no fim do século XIX por Goldschmidt, que assim tornou-se o guia seguro de todos os professores de Direito Comercial que o seguiram.

ALIMENTOS TRANSITÓRIOS E ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Valéria Nahas Fagundes[1]

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana – pilar fundamental da Constituição Cidadã – é a base de todas as grandes mudanças que se fizeram presentes em diversos campos do direito contemporâneo, notadamente no direito de família. Representa uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Presente de modo especial na Constituição da República, o princípio da proteção à pessoa humana altera o paradigma patrimonialista que despontou em toda a história do direito privado nacional anterior à década de 1990. Nos microssistemas montados para defesa de hipossuficientes (Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Federais), até os grandes sistemas como o Código Civil e o Código de Processo Civil, o tecido de toda a legislação pátria se forma a partir do atendimento a essa diretriz. Vê-se que, mesmo as legislações anteriores à Constituição Federal já expressavam essa

1 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), 2000. Licenciada em Letras, formação em Língua e Literatura Francesa pela PUCRS, 1986. Mestranda em Direito de Família na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Funcionária concursada, assessora da Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

preocupação, e os textos legais que, eventualmente, tenham manifestado qualquer angularidade com o texto constitucional, foram alterados ou, simplesmente, tidos por "não recepcionados" pela Carta Maior.

Dentre tantos, merece destaque o conceito de Sarlet (2002) quanto à dignidade da pessoa humana, segundo o qual se entende "[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida, em comunhão com os demais seres humanos".[2]

Seguindo uma tendência maciça no mundo ocidental, a lei brasileira reconhece direitos impondo comportamentos (deveres) aos sujeitos sociais interrelacionados. A sociedade reconhece justas expectativas nos relacionamentos – seja como eles se estabeleçam – e o descumprimento desses deveres pode acarretar sanções legais as mais diversas.

A legislação nacional, acompanhada da doutrina e da jurisprudência, está francamente aberta aos mais diferentes tipos de relacionamentos interpessoais, reconhecendo como entidades familiares composições que seriam impensáveis aos olhos da legislação anterior. A partir da Constituição Federal, a proteção do Estado não se restringe a um *standart* familiar único, fundado no casamento. Grupamentos familiares, que destoam do modelo anterior, alcançaram a mesma proteção, na busca da melhor efetivação possível das garantias da dignidade da pessoa humana.

Contudo, mesmo que a legislação nacional não leve em consideração os motivos que levam os integrantes da família a estabelecer esse ou aquele projeto familiar, em caso de ruptura do liame conjugal, essa estrutura pode ser relevante para definir os direitos dos ex-cônjuges depois da separação. Em verdade, é no momento de ruptura, quando além do abandono do projeto de vida em comum é normal que o casal agora separado entrave disputas as mais variadas quanto a bens, à guarda dos filhos e, especialmente, à divisão do patrimônio e ao estabelecimento da forma de mantença de cada

---

2 SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

um, que o direito se faz mais necessário, para o reajuste familiar.

No presente artigo, faremos uma breve consideração a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. Discorreremos sobre a igualdade formal dos cônjuges e a necessidade de equiparação fática (ou diminuição de desigualdades). Explanaremos sobre o estabelecimento do direito a alimentos transitórios ou a alimentos compensatórios. Estabeleceremos, de maneira simplificada, a distinção entre os dois institutos. Teceremos considerações acerca dos requisitos para a concessão desse tipo de alimentos.

DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITES DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS

Como veremos no próximo tópico, o conceito jurídico de alimentos não se restringe ao provimento de comida. Muito mais amplo, está umbilicalmente ligado à noção de vida digna.

A dignidade da pessoa humana, desde 1988 tutelada pela nossa Constituição da República, teve seu conceito guindado a princípio fundamental, alcançando todo e qualquer indivíduo integrante da sociedade. Liga-se a outros princípios na efetivação do fortalecimento social através da valorização da pessoa.

Embora se reconheça a dificuldade do estabelecimento de um conceito unívoco de dignidade da pessoa humana, está empiricamente introjetada em cada cidadão a noção de respeito a sua forma de ser, de viver (desde que não traga prejuízos à sociedade como um todo). Toda pessoa é digna, fazendo existir a condição de vários direitos fundamentais, o objetivo se perfaz pela proteção e abominação de qualquer forma de dominação que o Estado ou qualquer outro indivíduo queira possuir diante seus direitos.

A proteção da dignidade da pessoa humana é, pois, o fim a que se busca com o estabelecimento dos alimentos. Sejam os alimentos prestados com base na autoridade parental, sejam os direcionados ao ex-cônjuge, os alimentos prestados a irmãos em necessidade, ou alimentos devidos por avós em razão da impossibilidade de os pais suportarem o encargo. Em qualquer hipótese, o fim a que se busca é o respeito a cada indivíduo para fortalecer a sociedade toda.

CONCEITO DE ALIMENTOS

Qualquer reflexão sobre alimentos deve partir da definição de Yussef Said Cahali (2009), na clássica obra *Dos Alimentos*: "os alimentos são prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar

o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional). Assim, constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo".

Para Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 348): "alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum. Compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução".

Também na voz de Orlando Gomes (1999, p. 427): "alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si".

Na clássica divisão adotada por Cahali (2009, p. 18-27), os alimentos podem ser classificados quanto à natureza (naturais ou civis), quanto à causa jurídica (decorrentes da lei, da vontade ou de delito), quanto à finalidade (provisionais ou regulares), quanto ao momento da prestação (futuros ou pretéritos) e quanto à modalidade da obrigação (própria ou imprópria).

De todas as definições acima extrai-se o fundamento axiológico da obrigação alimentícia: o direito à vida, e a sua medida se dá pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o instituto dos alimentos existe para garantir a vida, e é mensurado de forma a garantir a dignidade.

Vê-se, portanto, que se trata de um dos institutos basilares do direito de família, garantindo ao alimentando – que pode ser cônjuge, ex-cônjuge ou parente – subsistência, manutenção, a criação, educação, saúde e recreação do beneficiado. Diz não só com a subsistência material, como também com a formação intelectual. É o instrumento legal chave para assegurar vida digna aos que não conseguem prover o próprio sustento.

Para satisfazer tal intuito, a fixação dos alimentos se revela uma tarefa difícil, tendo em vista o caráter abstrato e casuístico da obrigação alimentar.

Tradicionalmente, a fixação dos alimentos segue, segundo a doutrina e a jurisprudência, o binômio necessidade/possibilidade.

Contudo, o Código Civil impõe o dever de fixação proporcional entre as necessidades do alimentado e as possibilidades do(s) alimentante(s).

Nessa pespectiva, leciona Dias (2005, p. 544):

> Tradicionalmente, invoca-se o binômio necessidade-possibilidade, ou seja, perquirem-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor da pensão. No entanto, essa mensuração é feita para que se res-

> peite a diretriz da proporcionalidade. Por isso se começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade.

Com essas balizas, verifica-se que a imposição de prestação de alimentos possui como finalidade última a preservação do valor social mais caro à pessoa humana: a vida. Inafastável, nessa lógica, a percepção ética da prestação alimentar, na busca da preservação de uma vida digna do alimentado, sem prejuízo da subsistência – e também manutenção de uma vida digna – por parte do alimentante.

A vida, contudo, é dinâmica e não necessariamente as situações de necessidade alimentar e possibilidade de prestar alimentos se mantêm inalteradas. Com vistas a essa realidade, a legislação disciplinou hipóteses de revisão ou extinção da obrigação alimentar.

São causas da extinção automática da obrigação alimentar a extinção do poder familiar e a morte do alimentante.

Além das causas automáticas de extinção da obrigação, situações específicas fáticas que alterem a harmonia do binômio necessidade/possibilidade podem autorizar a extinção ou redução do pensionamento.

Contudo, há hipóteses em que as partes envolvidas, de comum acordo, podem estabelecer um período de duração para o pensionamento. Período esse normalmente projetado para permitir ao alimentante que estabeleça ou restabeleça condições de prover seu próprio sustento. Também assim, em hipóteses judicializadas é autorizado ao magistrado fixar um tempo de duração para a prestação alimentar. Os critérios para o estabelecimento judicial de um termo final para o pensionamento são, naturalmente, os mesmos para a fixação do valor, equacionados sob a ótica de um prazo razoável para que se alterem as premissas. Sobre o tema, trataremos a seguir.

DOS ALIMENTOS TRANSITÓRIOS

Alimentos transitórios são os alimentos devidos, por prazo certo, a ex-cônjuge. Podem ser fixados por decisão judicial ou acordados pelo casal no momento da separação – ou até durante a constância da união conjugal.

Na lição da Ministra Nancy Andrighi, alimentos transitórios "possuem cunho resolúvel, e são obrigações prestadas especialmente entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, em que o credor, em regra pessoa com idade apta para o trabalho, necessita dos alimentos apenas até que se projete determinada condição ou final de certo tempo, circunstância em que a obrigação extinguir-se-á automaticamente" (RESp 1388955, Terceira Turma, DJe em 29/11/2013).

Embora não haja previsão no nosso ordenamento para o pagamento de alimentos a termo certo, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem como válida a fixação judicial da prestação alimentícia com prazo fixado por acordo ou decisão judicial.

A lógica do entendimento se funda na previsão de mudança dos critérios pelos quais se estabeleceu o valor do pensionamento: em um tempo determinado, o alimentante poderá arcar com sua própria mantença.

Assim, alimentos transitórios são aqueles fixados ao ex-cônjuge ou ao ex-companheiro durante prazo certo. Como o direito a alimentos não dá garantia de pensionamento eterno, podendo ser revisto ou extinto de acordo com as circunstâncias pessoais dos envolvidos na prestação, a peculiaridade dessa forma de pensionamento não está no fato de haver um termo, mas, sim, de haver um tempo *certo*, prefixado. É feita uma projeção do período necessário para que o alimentando possa restabelecer (ou estabelecer) suas condições de sustento e, eventualmente, de contribuir para o sustento da prole.

A hipótese da fixação excepcional depende de certas circunstâncias: o alimentando deve, em primeiro lugar, possuir condições de adquirir trabalho capaz de manter o próprio sustento. Isso implica, evidentemente, que o alimentando que, por qualquer motivo, ao momento da separação não pode arcar com seu sustento, tenha condições de idade, saúde e qualificação profissional para, em curto espaço de tempo, buscar esse sustento no mercado de trabalho.

Veja-se, em recente decisão:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. PROCEDIMENTO ADEQUADO. RITO DA PRISÃO ESTABELECIDO NO ART. 733 DO CPC.
> 1. Execução de alimentos ajuizada em 21/09/2010, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 09/07/2013.
> 2. Discute-se o procedimento adequado à execução de alimentos transitórios.
> 3. A obrigação de prestar alimentos transitórios – a tempo certo – é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar –, que será, então, liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente. Precedentes.
> 4. Hipótese em que a fixação de valor elevado da obrigação alimentar está ligada à distinta situação de demora verificada na partilha dos bens do casal, possuindo, assim, os alimentos natureza jurídica própria, porque estabelecidos em razão de uma causa temporária e específica.
> 5. Se assim o é, porque dotados de caráter efêmero, os alimentos transi-

tórios ou, mais precisamente, a obrigação à sua prestação imprescindivelmente deve estar acompanhada de instrumentos suficientemente eficazes à sua consecução prática, evitando que uma necessidade específica e temporária se transfigure em uma demanda perene e duradoura ou, ainda, em um benefício que nem sequer o alimentado queira dele usufruir.
6. Na espécie, a busca, já longa e cansativa, da recorrente pelo encerramento do vínculo – patrimonial – que ainda nutre, à sua contra vontade, com o recorrido encontra amparo inclusive na Constituição Federal, que assegura a liberdade e a independência da mulher, enquanto ser de iguais direitos e obrigações do homem (art. 5º, caput e inc. I, CF/88).
7. A pretensão da recorrente de demandar pela partilha do patrimônio que lhe é devido deve ser albergada não por altruísmo ou outro sentimento de benevolência qualquer, mas sim pelo fato de ser ela também proprietária do que construiu em igualdade de forças com o recorrido.
8. Impõe-se conceber que, sem prejuízo ao disposto no enunciado nº 309 da Súmula/STJ, somente o rito da execução cumulado com a prisão (art. 733, CPC) é o adequado para plena eficácia da decisão que conferiu, em razão da desarrazoada demora na partilha de bens do casal litigante, alimentos transitórios em valor suficiente à composição definitiva do litígio instalado entre as partes e, ainda, para que a situação outrora tida por temporária não se eternize no tempo.
9. Recurso especial provido.
(REsp 1362113/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 06/03/2014.)

O entendimento jurisprudencial é que uma das características da obrigação alimentar é a sua condicionalidade à permanência de seus requisitos: vínculo de parentesco, conjugal ou convivencial; necessidade e incapacidade, ainda que temporária, do alimentando para sustentar-se; e possibilidade do alimentante de fornecer a prestação.

Assim, o direito à pensão alimentícia, que possui em sua gênese uma espécie de natureza indenizatória pela quebra da segurança estabelecida pelo casamento – a legislação anterior inclusive perquiria o titular da culpa pela separação – é baseado no binômio necessidade/possibilidade e, eventual transitoriedade dos alimentos, não altera essa lógica.

A questão da transitoriedade, em que tempo ou condição põem termo à obrigação, não altera as características da prestação alimentar.

Em situações específicas – a regra é a não fixação de termo final para a obrigação – o Superior Tribunal de Justiça reconhece como válida a fixação de pensão alimentícia mensal por um período médio de dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que a fixou, em favor de ex-cônjuge que, embora não tenha exercido atividade remunerada durante a constância do casamento, detém idade e condições para o trabalho e, dentro

desse período, será capaz de produzir condições de se manter.

Os alimentos – por regra – são personalíssimos, irrenunciáveis, recíprocos, intransmissíveis, impenhoráveis, irrepetíveis, imprescritíveis, incompensáveis, atuais, futuros e periódicos e eventual descumprimento da obrigação sujeita o devedor à prisão. Os alimentos transitórios possuem as mesmas características.

Leciona a Ministra Nancy Andrighi, que os alimentos transitórios têm natureza jurídica própria, porque são estabelecidos em razão de uma causa temporária e específica.

Em outras palavras, "a obrigação de prestar alimentos a tempo certo é cabível, em regra, quando o alimentado é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira" (REsp 1.025.769).

Importa destacar que o conceito de alimentos transitórios não se confunde com o de alimentos provisórios.

Já está cristalizado entre os operadores do direito que a concessão de alimentos provisórios durará até decisão judicial transitada em julgado, momento em que os alimentos serão definitivos (se a sentença os considerou devidos) ou serão extintos (se a sentença os considerou indevidos). Sobre o tema, Theodoro Jr. (2007, p. 682):

> [...] nos casos enquadrados na Lei nº 5.478 (ações de alimentos, separação judicial e anulação de casamento), os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário (art.13, § 3º), confirmando a existência do princípio da transitoriedade dos alimentos enunciados nos artigos 1.699 e 1.708 do Código de Processo Civil, no qual está expressa a exoneração e a cessão da prestação de alimentos.

CONCEITO DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS (OU SOCIAIS)

Os alimentos compensatórios ou sociais são prestações fundamentadas no vínculo de solidariedade e no dever de assistência mútua entre cônjuges (ou companheiros), com vistas à manutenção da dignidade do casal mesmo depois da separação.

Ou seja, à mingua de legislação específica, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tem-se ocupado em reequilibrar a posição econômica dos cônjuges ou companheiros desencadeada pela ruptura convivencial, não apresentando como requisito a necessidade do alimentado, mas, sim, uma situação de desequilíbrio.

Os alimentos compensatórios decorrem da boa-fé objetiva presente na construção familiar quando o estabelecimento do modelo familiar e o comportamento das partes gerou

uma justa expectativa de manutenção mesmo no caso de uma dissolução. Dessa maneira, é possível defender os alimentos em perspectiva compensatória, fixados em valor proporcional ao padrão de vida mantido anteriormente. Visa equiparar a disparidade gerada no *status* econômico e social do ex-cônjuge pelo divórcio.

Tendem à transitoriedade e, por possuírem caráter personalíssimo, os alimentos compensatórios não podem ser objeto de cessão de direito e nem tampouco são transmissíveis hereditariamente.

O grande doutrinador sobre o tema, no Brasil, é Rolf Madaleno, que estudando o direito comparado passou a defender, também para o Brasil, a adoção do instituto.

Jorge O Azpiri , citado por Madaleno (2004)

> [...] define a pensão compensatória no direito espanhol como uma prestação periódica em dinheiro, efetuada por um cônjuge em favor do outro esposo, por ocasião da separação ou do divórcio vincular, em que se produza desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial, compensando deste modo, a sensível disparidade que o separando alimentário irá deparar com a separação em sua padronagem social e econômica, comprometendo, com a ruptura das núpcias, os seus compromissos materiais, seu estilo de vida, e a sua própria subsistência.

Em que pese a grande relevância outorgada ao tema pela doutrina e pela jurisprudência, primeiramente importa referir que a nomenclatura utilizada demanda considerações.

Simão (2013) é uma das vozes que se manifestam contrárias à nomenclatura e à própria aplicação do instituto. No livro *Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso*, o autor manifesta entendimento de que a nomenclatura conduz a desnecessários equívocos, tendo em vista a clara natureza indenizatória da pretensão. A natureza pseudoalimentar poderia induzir desdobramentos jurídicos incabíveis, como o pedido de prisão nas hipóteses de descumprimento da obrigação. Em breves palavras, o autor aponta os seguintes impedimentos para a aplicação do instituto:

1. A noção clássica de alimentos, adotada no nosso país, associa a verba alimentar à manutenção da vida, no sentido mais amplo da palavra, em termos materiais, morais e sociais de um indivíduo, como decorrência de sua necessidade e levando em consideração as possibilidades daquele que tiver que prestar os alimentos.
2. O instituto não se molda às características básicas do conceito de alimentos: irrenunciabilidade, intransmissibilidade, impenhorabilidade,

natureza não transacionável, impossibilidade de compensação e imprescritibilidade.

3. A ausência de disciplinamento legal não deixa estabelecer um critério uniforme para lhes emprestar fundamento jurídico, o que pode levar à aplicação dessa figura jurídica "a duas situações completamente diversas", sendo o instituto profundamente permeável à casuística.

Vozes mais consentâneas com a tendência mundial ocidental, contudo, defendem o instituto. O entendimento funda-se no princípio social da dignidade da pessoa humana.

As diversas formas de conjugação familiar, aceitas pela sociedade, quando desfeitas não podem levar a uma solução única. As peculiaridades do arranjo familiar, quando da separação – especialmente naquelas em que o casamento durou muitos anos – podem levar a situações em que uma das partes, no mais das vezes a mulher, fica sem a menor condição de manter *status* semelhante ao que vivia o casal. A fixação de alimentos compensatórios busca evitar uma enorme queda nas condições de vida por causa do fim da união.

Leciona a ilustre professora doutora Regina Beatriz Tavares da Silva:

> Os prejuízos que são ressarcidos com a prestação compensatória advêm do enriquecimento sem causa, ou seja, do fato de um dos cônjuges, na dissolução do casamento, enriquecer-se à custa do outro, porque recebeu dele auxílio em sua ascensão profissional, e contribuiu para o seu progresso, inclusive em razão da dedicação que o outro cônjuge deu à educação dos filhos comuns, deixando de progredir na mesma medida que o devedor da prestação compensatória, ou mesmo porque, após a dissolução, o credor dessa prestação não gozará mais dos benefícios, inclusive patrimoniais do outro cônjuge.

Na mesma linha, Dias (2009):

> Produzindo, a separação ou o divórcio, desequilíbrio econômico entre o casal em comparação com o padrão de vida de que desfrutava a família, cabível a fixação dos alimentos compensatórios. Faz jus a tal verba o cônjuge que não perceber bens, quer por tal ser acordado entre as partes, quer em face do regime de bens adotado no casamento, que não permite comunicação dos aquestos. Em decorrência do dever de mútua assistência (CC 1.566 III), os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos de família (CC 1.516). Surge, assim, verdadeiro vínculo de solidariedade (CC 265), devendo o cônjuge mais afortunado garantir ao ex-consorte alimentos compensatórios, visando a ajustar o desequilíbrio econômico e a reequilibrar suas condições sociais. Dispõem, assim, os alimentos compensatórios de nítido caráter indenizatório, não se sujeitando a variações. Como não tem conteúdo alimentar, o encargo não se submete a variações.

> Como não tem conteúdo alimentar, o encargo não se submete às vicissitudes do trinômio proporcionalidade-necessidade-possibilidade. Dessa forma, mesmo que o beneficiário venha a obter meios de prover a sua própria subsistência, tal não dispensa o devedor de continuar alcançando-lhe alimentos.

Indispensável, por todos, a lição de Madaleno:

> Conforme Jorge O. Azpiri, um dos cônjuges pode ser obrigado a abonar o outro com uma prestação destinada a compensar, até onde for possível, a disparidade material causada pela ruptura do relacionamento, e neste sentido difere sensivelmente da pensão transitória, esta última com larga aplicação nas dissensões conjugais, mesmo sem expressa previsão legal, por considerar a necessidade passageira do alimentando. Outro é o propósito da pensão compensatória que equilibra o padrão econômico-financeiro, servindo quase que para indenizar a perda do padrão social causada pela separação ou divórcio.

Assim, independente da nomenclatura, fica clara a intenção dos defensores da teoria: o objetivo dos alimentos compensatórios é indenizar o cônjuge que, por qualquer motivo, ficou sujeito ao desempenho profissional do outro durante a união e, com a separação, se não houver o pensionamento, vivenciará situação insuperável. Visa reequilibrar, na medida do possível, eventuais disparidades econômicas que venham a ser desencadeadas pelo rompimento da união conjugal. Não pretende custear despesas de sustento e sobrevivência do outro cônjuge, mas, sim, a manutenção de um padrão social que, na cultura ocidental, se confunde com a manutenção de um padrão social de dignidade estabelecido. Os alimentos compensatórios consubstanciam-se na entrega de um capital, em dinheiro ou bens, àquele cônjuge ao qual a separação prejudicou mais financeiramente.

Em resumo, a prestação compensatória, ou "por desequilíbrio" advém da constatação objetiva da existência de um desequilíbrio econômico derivado da ruptura da união conjugal e busca reequilibrar essa situação, restaurando o estilo de vida que o cônjuge prejudicado desfrutava na constância da união, como destaca Madaleno: "[...] não porque devam seguir vivendo da mesma maneira, mas, sim, porque um dos cônjuges não pode descer em sua condição econômica enquanto o outro mantém idêntica situação já existente antes da separação".

PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO E QUANTIFICAÇÃO DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Levam-se em consideração – dentre outros eventualmente pertinentes

ao caso concreto, os seguintes pressupostos para concessão dos alimentos compensatórios:

1. a duração do casamento;
2. a idade dos cônjuges;
3. o estado de saúde dos cônjuges;
4. a qualificação profissional e acadêmica dos cônjuges; e,
5. a probalidade do efetivo (re) ingresso no mercado de trabalho.

Os critérios acima, analisados conjuntamente com a situação patrimonial de cada cônjuge, no início da vida conjugal e no momento da separação, devem ser analisados pelo juízo antes da fixação de possível indenização. Verificará igualmente chances perdidas por cada um dos cônjuges, em razão da união; o que cada um deixou de produzir ou ganhar em face de escolhas de vida feitas pelo casal.

Colocada assim a questão, resta claro que o direito à pensão compensatória é direito pessoal do cônjuge que não conseguiu investir no seu crescimento pessoal por causa da união e que, com a separação, terá diminuído seus *status* econômico em relação ao que usufruía na constância do casamento.

Estabelecido o direito à indenização, o pagamento pode ser fixado em uma única prestação ou em pagamentos sucessivos. Pode, ainda, ser temporário ou sem termo final, sendo, nessa última hipótese, extinto somente com a alteração das variáveis que determinaram o pensionamento.

Necessário referenciar que a concessão de alimentos compensatórios não repristina qualquer discussão sobre culpa da separação, tão somente vinculando também no momento da separação os cônjuges ao socorro mútuo, à mútua assistência, ante a vedação legal de que uma pessoa enriqueça, sem causa, à custa de outra pessoa. Madaleno adverte:

> Portanto, os alimentos compensatórios em nada se confundem com a pensão alimentícia, e sua origem remonta ao direito francês, quando aquele país, no ano de 1975, apagou a discussão da culpa para o estabelecimento da prestação alimentar compensatória[3] e passou a considerar o desequilíbrio econômico de forma objetiva, com total independência da culpa ou inocência do cônjuge credor de alimentos, consagrando, definitivamente, a irrelevância da culpa e a importância apenas da ruptura do relacionamento, evitando qualquer dramatização causal nos conflitos conjugais. Com o estabelecimento dos alimentos compensatórios o

3 ALBERDI, Beatriz Saura. *La pensión compensatória; critérios delimitadores de su importe y extensión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 32.

> direito francês admitiu que o cônjuge credor percebesse alimentos mesmo quando exercesse vínculos de trabalho, os quais não supõem a privação do direito aos alimentos compensatórios pelo fato de o credor dos alimentos ter uma fonte própria de proventos, posto que importa apurar se, com o rompimento da relação, instalou-se uma visível disparidade na condição de vida de um dos cônjuges em confronto com a do outro e, destarte, proteger o consorte mais débil economicamente. Tampouco adianta afirmar que com a partilha dos bens os consortes se mantêm economicamente equilibrados, se com o marido, por exemplo, ficaram os bens rentáveis e com a pensão alimentícia a ex-esposa sequer consegue preservar sua meação.

Não diz, portanto, com a responsabilidade pela separação, e, sim, com a vedação do enriquecimento sem causa e a tentativa de reigualar as condições de vida do casal que se separou.

TIPOS DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Parte da doutrina divide os alimentos compensatórios em razão do desequilíbrio financeiro e da administração dos bens comuns.

Rolf Madaleno distingue esses últimos dos alimentos compensatórios denominando-os de ressarcitórios ou indenizatórios (Carvalho, 2014).

A indenização pelo uso exclusivo ou pela administração exclusiva de bem comum possui previsão legal no artigo 4º, parágrafo único, da Lei n. 5.478/78, que determina a fixação de alimentos provisórios nos seguintes termos:

> Art. 4º. Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.
> Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

Em que pese a expressa previsão de fixação de renda mínima para os casos em que o casal tenha sido casado no regime de comunhão de bens – regime matrimonial legal à época da edição da lei – em análise sistêmica é possível a aplicação da referida legislação sempre que houver bens comuns administrados somente por um dos cônjuges.

PROBLEMAS A SEREM RESOLVIDOS

A primeira questão que surge quando se fala em alimentos compensatórios é a possibilidade, ou não, de prisão civil do devedor de alimentos que descumprir com a sua obrigação.

Havendo divergência quanto à natureza da obrigação – a maior parte da doutrina e da jurisprudência entende que teria uma natureza indenizatória – questiona-se a possibilidade da constrição física do devedor de alimentos dessa natureza.

Filiamo-no ao entendimento majoritário no STJ, tomando como exemplo o complexo julgamento do RHC 28.853/RS, em que a Corte Superior concluiu que a natureza indenizatória desse tipo de alimentos impede a aplicação do disposto no artigo 733 do Código Civil e, portanto, deve ser repelido o pedido de prisão do devedor.

No caso levado ao exame do STJ, "executa-se a verba correspondente aos frutos do patrimônio comum do casal a que a autora faz jus, enquanto aquele se encontra na posse exclusiva do ex-marido". Essa verba vem fundada na solidariedade, muito menos na mútua assistência conjugal, mas no direito de meação. Quer dizer: evita-se que, enquanto pendente a partilha, que haja enriquecimento sem causa em favor de um dos cônjuges, especificamente aquele que detém a posse dos bens comuns.

A outra questão que exsurge quanto aos alimentos compensatórios tem a ver com a possibilidade de transmissão de alimentos desse tipo.

Simão (2013) trata dessa importante ponderação:

> Os alimentos, historicamente, são considerados intransmissíveis (art. 402 do Código Civil/16). Isso quer dizer que, com a morte do alimentante ou do alimentário, a obrigação se extingue, seguindo a máxima latina: *alimenta solum debentur pro tempore, quo alimentandus vivit, et pro tempore decurso post ejus mortem ad haeredes non transmitantur* (*apud* Yussef Cahali, op. cit., p. 48). Contudo, o artigo 1.700 do Código Civil determina que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694. Essa transmissibilidade tem sua explicação. Se os alimentos decorrem da solidariedade familiar e garantem o direito à vida, nada mais lógico que, com a morte do devedor, os alimentos continuem a ser prestados pelo espólio deste. É claro que a interpretação harmônica do sistema exige duas conclusões: 1) a transmissão se dá com relação às prestações vencidas e vincendas e; 2) a responsabilidade se dá nas forças da herança, não atingindo os bens pessoais dos herdeiros do devedor (art. 1.792 do CC).

Asseverando que a hipótese não possui natureza alimentar, segue o doutrinador:

> Em se tratando de valor pago porque um dos cônjuges está administrando os bens comuns e recebendo seus frutos, essa importância segue exatamente o dito anteriormente: pode ser cedida, pode ser transmitida, pode ser objeto de renúncia, pode ser compensada, sofre os efeitos da supressio, e, também, o valor pode ser penhorado pelos credores do cônjuge que o recebe. Por fim, caso o valor seja fixado pelo juiz, a

> pretensão de cobrança prescreve em três anos conforme o caput do art. 206, parágrafo 3º do Código Civil, que cuida do enriquecimento sem causa e não no prazo especial do parágrafo segundo do art. 206.

Vê-se que a importância do questionamento diz diretamente com os efeitos da obrigação, envolvendo a possibilidade de prisão, renúncia, transmissão, penhora, compensação e prescrição. À falta de legislação específica, necessitamos da jurisprudência para definir questões de extrema relevância para a aplicação da matéria.

JURISPRUDÊNCIA EMBLEMÁTICA DE CONCESSÃO DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS
O caso Collor Rosane

Um dos casos mais importantes para o Direito de Família no ano de 2013 foi o julgamento do recurso especial relativo aos alimentos compensatórios envolvendo um ex-presidente do Brasil. A despeito do segredo de justiça que envolve o processo, que impediu a página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça de divulgar o número do recurso, a situação de fato foi amplamente divulgada nos meios de comunicação, sem qualquer restrição ao nome das partes, a saber: Fernando Affonso Collor de Mello, ex-presidente da República e atualmente senador da República pelo estado de Alagoas, e Rosane Brandão Malta, ex-primeira-dama brasileira.

Como não é possível a consulta aos autos eletrônicos, deve-se confiar no resumo divulgado na página eletrônica do tribunal e dele extrair os elementos descritivos do caso, que foi decidido pela 4ª Turma do STJ, na sessão de 12 de novembro de 2013:

> a) O senador Fernando Collor e sua ex-mulher Rosane Malta casaram-se no ano de 1984, sob o regime de separação convencional de bens. Eram as segundas núpcias de Fernando Collor e as primeiras de Rosane Malta, que ainda não havia completado 20 anos.
> b) Durante o matrimônio, Fernando Collor foi governador do estado de Alagoas e depois eleito presidente da República. Seu mandato foi abreviado em razão do *impeachment* ocorrido em 1992. O casal manteve-se unido, apesar de diversas crises divulgadas na imprensa, até o ano de 2005. A separação foi litigiosa e cumulada por uma oferta de alimentos por Fernando Collor, no valor de R$ 5,2 mil, a qual foi contestada por Rosane Malta, que pretendia receber R$ 40 mil.
> c) A sentença do juízo de primeiro grau, da Justiça alagoana, deferiu

a Rosane Malta dois automóveis e R$ 900 mil em imóveis, além de uma pensão de alimentos no valor de 30 salários mínimos mensais, pagáveis enquanto lhes fossem necessários. A matéria foi devolvida ao Tribunal de Justiça de Alagoas, que, ao apreciar a apelação do ex-marido, "reduziu a pensão mensal para 20 salários mínimos pelo período de três anos, mantendo a sentença no restante". Houve recurso de embargos infringentes, após o que "o tribunal estadual restabeleceu o valor de 30 salários mínimos e afastou a limitação de três anos".

d) No STJ, a matéria foi apreciada em Recurso Especial, tendo como argumentos da parte do ex-marido, o fato de que não houve pedido expresso de alimentos compensatórios pela ex-mulher e, por essa razão, o julgamento fora *extra petita*. Rosane Malta argumentou que ela se casou aos 19 anos e permaneceu casada ao lado do marido por 22 anos, sem que o ex-marido houvesse colocado qualquer bem em seu nome, o que implicaria "abuso de confiança" por parte de Fernando Collor.

e) No julgamento do recurso, entendeu-se que: i) é possível a atribuição de alimentos compensatórios, na hipótese de quebra do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da separação; ii) os alimentos devem ser fixados em prazo de três anos, a contar do trânsito em julgado da decisão; iii) dever-se-ia admitir a transferência de bens de um cônjuge a outro, nos termos do quanto estabelecido nas instâncias ordinárias.

Quanto ao direito aos alimentos compensatórios, o relator ministro Antonio Carlos Ferreira não foi acompanhado pelo ministro Marco Buzzi, em cujo voto dissidente se salientou que a transferência de bens seria contrária ao pacto antenupcial.

No que se refere ao lapso temporal de três anos resultou das discussões durante a sessão de julgamento, com o voto prevalente dos ministros Antonio Carlos Ferreira (relator), Luís Felipe Salomão e Raul Araújo, sob o fundamento de que esse tempo seria suficiente para a preparação do alimentando para a nova realidade econômica advinda do fim da pensão e sua eventual preparação para o mercado de trabalho. Discordaram os ministros Marco Buzzi e Isabel Gallotti, para quem seria extremamente difícil para uma mulher beirando os 50 anos aprender um trabalho/ofício e ganhar a vida com seu próprio esforço. Notadamente depois de se ter casado aos 19 anos e haver dedicado grande parte de sua vida no acompanhamento de seu ex-cônjuge em suas atividades políticas que, como se sabe, exigem muito do tempo da família.

Desse julgado, extrai-se questões relevantíssimas para o Direito de Família. Por exemplo, os limites à interferência judicial em um regime de separação convencional de bens; a extensão temporal do direito aos alimentos; a existência dos chamados "alimentos compensatórios" como figura jurídica autônoma no ordenamento jurídico e a formulação de um princípio do equilíbrio econômico nas relações conjugais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto os alimentos transitórios como os alimentos compensatórios vinculam-se ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, portanto, possuem um alicerce constitucional a lhes dar sustentação.

Os alimentos transitórios, mais difundido e melhor aceitos diante de sua transitoriedade, proporcionam um resgate da dignidade pessoal daquele cônjuge que, por circunstâncias que foram estabelecidas na constância do casamento, ao findar a união não conseguiria se sustentar sem a ajuda financeira do outro. Além da transitoriedade preestabelecida na fixação do pensionamento, mudanças nas condições de possibilidade e necessidade podem determinar a extinção da obrigação. Funda-se em um princípio basilar de solidariedade social que não se extingue com o término da união.

Bem mais controvertido é o dever de prestar alimentos compensatórios.

Mesmo que a doutrina majoritária se coloque de forma favorável aos alimentos compensatórios, muitas críticas vem sofrendo o instituto.

Revela-se, primeiramente, a peculiaridade de os alimentos compensatórios não se tratarem, propriamente, de prestação de alimentos, tendo em vista o caráter indenizatório da obrigação. Além disso, não se funda em critérios binários de possibilidade e necessidade, com o que difere substancialmente das demais prestações alimentares.

Por outro lado, mesmo que seja estabelecida a necessidade de compensação de um cônjuge para o outro, a compensação não decorre de culpa ou do regime de bens adotado pelos cônjuges, mas, sim, é baseado em dois critérios básicos: a existência de um casamento ou união estável e, à data da separação, do surgimento de uma situação de desigualdade patrimonial capaz de provocar um prejuízo ou dano em um dos cônjuges, cuja causa imediata é a própria separação.

Entendemos que o instituto dos alimentos compensatórios tem especial e relevante aplicação quando o vínculo afetivo é desfeito após longa união e na época em que o casal já está há muito tempo junto, muitas vezes já na terceira idade, e um dos cônjuges se dedicado integralmente ao papel estabelecido na união, em função da família, sem que tivesse investido

no seu desenvolvimento ou aperfeiçoamento profissional. Respeita-se, assim, o projeto familiar estabelecido pelo casal, bem como se promove uma segurança pessoal e patrimonial nas relações familiares.

Longe de estarem dirimidas as dúvidas referentes aos alimentos compensatórios, acreditamos que à jurisprudência e à doutrina cumpre o papel de estabelecer os contornos do instituto até que legislação específica regule a matéria.

Até lá, impõe-se o uso moderado do instituto, aplicável apenas excepcionalmente, para que, na busca da manutenção da dignidade da pessoa humana e com base nos princípios de solidariedade, mútua ajuda e vedação ao enriquecimento injustificado, não se produza exatamente o efeito repelido.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Último acesso em: 28/06/2014.

_____. *Código Civil de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0883.htm. Último acesso em: 26/06/2014

_____. *Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Dispõe os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Último acesso em: 28/06/2014.

BOBBIO, Norberto. *El Tiempo de los Derechos*. Madrid: Ed. Sistema, 1991.

CAHALI, Yussef Sahid. *Dos Alimentos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 3. ed. Lavras: Unilavras, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FACCHIN, Luiz Edson. Famílias: Entre o público e o privado. In: *Anais do VIII Congresso Brasilei-*

ro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/608/VIII%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%20%20Fam%C3%ADlia:%20entre%20o%20p%C3%BAblico%20e%20o%20privado. Acesso em: 26.06.2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A Tutela Jurídica da Confiança Aplicada ao Direito de Família. In: *Anais do V Congresso Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/714/V%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia. Acesso em: 26.06.2014.

FIUZA, Cezar. *Curso Completo de Direito Civil*. 12. Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MADALENO, ROLF. *Obrigação, Dever de Assistência e Alimentos Transitórios*. In: http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=37. Acesso em: 27/06/2014.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: RT, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família, V. V, p. 18-19, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SIMÃO, José Fernando. *Alimentos compensatórios: desvio de categoria e um engano perigoso*. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Ano 2, n. 6, p. 5.841-5.850, 2013.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo de Execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência, 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. 8. ed. 475 p. (Coleção direito civil; 6). São Paulo: Atlas, 2008.

Vânia Möller
editoração eletrônica
51 3209.5044 - 9705.7605
vaniamoller@gmail.com

Composto especialmente para a Editora Meridional em Times New Roman,
corpo 11/13,5, sobre o papel offset 75g e impresso na Gráfica Pallotti.

Revista da
Faculdade de Direito UFRGS

Av. João Pessoa, n. 80 - CEP 90.040-000 - Porto Alegre/RS - Brasil
Tel: (51) 3316.3118 / 3316.3128 / 3316.3555 / 3316.3464

DISTRIBUIDORES / REPRESENTANTES

AMAZONAS
Travessia Editora e Livraria Ltda. – Manaus – Fone (92) 3633-6565

BAHIA
LDM Livraria e Distribuidora Multicampi Ltda. – Salvador – Fone (71) 3277-8613
Livraria Cultura S/A. – Salvador – Fone (71) 3505-9050

CEARÁ
Livraria Cultura S/A. – Fortaleza – Fone (85) 4008-0800

DISTRITO FEDERAL
J. Quinderé Distribuidora de Livros Ltda. – Brasília – Fone (61) 3347-8461

MINAS GERAIS
Asteca Distribuidora de Livros Ltda. – Belo Horizonte – Fone (31) 3423-7979
Editora Vozes Ltda. – Vozes 35 – Juiz de Fora – Fone (32) 3215-9050

PARANÁ
Livraria Cultura S/A – Shopping Curitiba – Curitiba – Fone (41) 3941-0292

PERNAMBUCO
Berenstein Livraria Ltda. – Livraria Imperatriz – Recife – Fone (81) 3301-7800
Livraria Cultura S/A. – Riomar Shopping – Recife – Fone (81) 3256–7500

RIO DE JANEIRO
Mazolli & Assis Comércio de Livros Ltda. – Odisséia – Rio de Janeiro – Fone (21) 2290-0873
Livraria da Travessa S/A. – Ipanema – Rio de Janeiro – Fone (21) 3205-9002

RIO GRANDE DO SUL
Multilivro Distribuidora e Livraria Ltda. – Porto Alegre – Fone (51) 3223-7363

SANTA CATARINA
Livraria Livros & Livros Ltda. – Florianópolis – Fone (48) 3028-6244

SÃO PAULO
Batatais Comércio e Represent. de Livros Ltda. – São Paulo – Fone (11) 2985-2472
Bookpartners Brasil Editora Jandira/SP – São Paulo – (11) 4772-0100
Lerlivros Distribuidora Ltda. – São Paulo – (11) 3828-2423

Editora Sulina
www.editorasulina.com.br