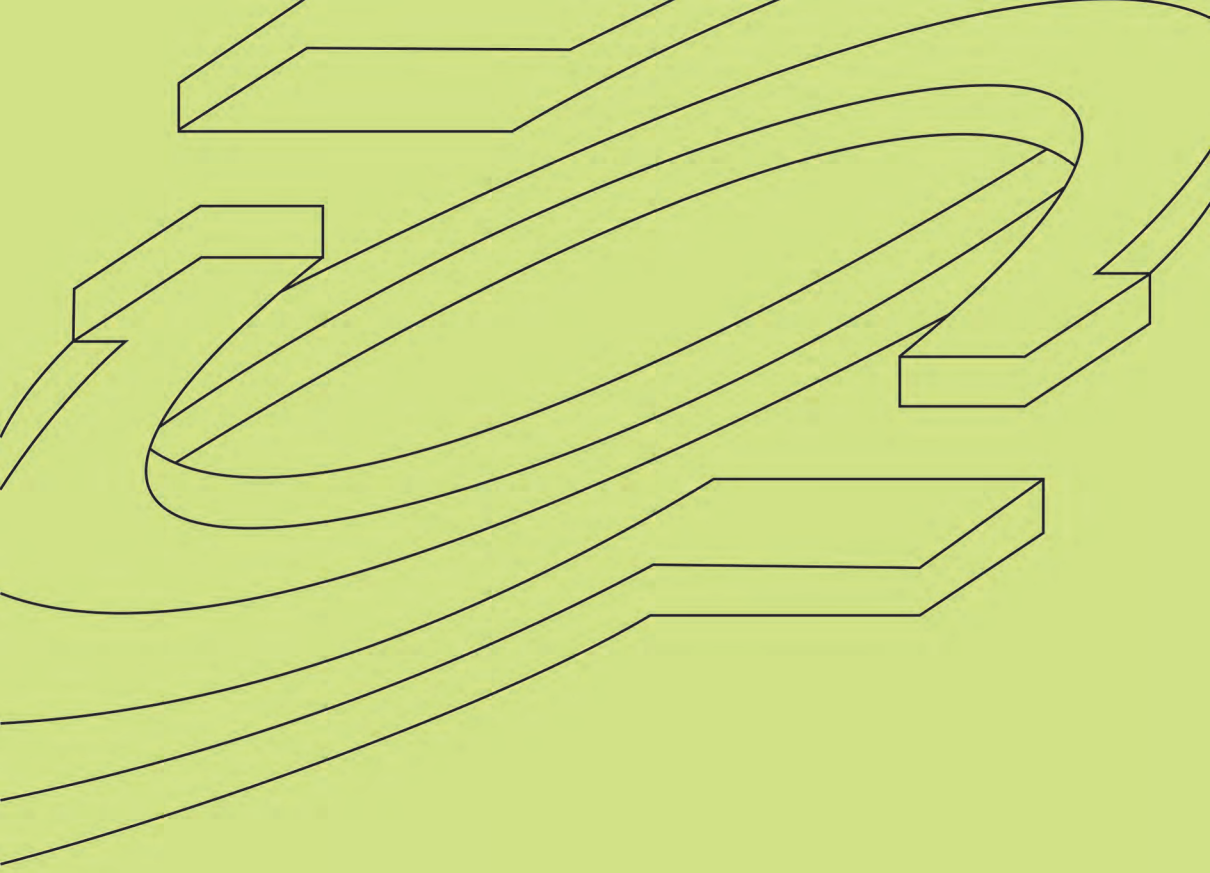

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME 30 NOVEMBRO 2012

Revista da

Faculdade de Direito

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 30

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

FACULDADE DE DIREITO
Diretor: Prof. Sérgio José Porto • **Vice-Diretor**: Prof. Danilo Knijnik

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

Responsáveis técnicos:
Bibliotecária: Nariman Marisa Nemmen

Colaboradoras: Maria da Graça Lima Corrêa
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

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

Professores doutores:
Alfredo de Jesus Dal Molin Flores
Augusto Jaeger Junior
Carlos Alberto Álvaro de Oliveira
Carlos Klein Zanini
Carlos Silveira Noronha
César Viterbo Matos Santolim
Cezar Saldanha Souza Junior
Claudia Lima Marques
Daniel Mitidiero
Danilo Knijnik
Fabio Morosini
Glênio José Wasserstein Hekman
Humberto Bergmann Ávila
Igor Danilevicz
José Alcebíades de Oliveira Jr.
Juarez Freitas
Luciane Cardoso Barzotto
Luis Afonso Heck
Luiz Felipe Silveira Difini
Luis Fernando Barzotto
Marco Fridolin Sommer Santos
Martha Lúcia Olivar Jimenez
Odone Sanguiné
Peter Walter Ashton
Rafael Da Cas Maffini
Sergio Viana Severo
Tupinambá Pinto de Azevedo
Vera Maria Jacob de Fradera

Representante discente:
Nathalia Beduhn Schneider

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. 30

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. 30 – Nov/2012, nº 1 (nov. 1993-). – Porto Alegre: Sulina, 2012.

Irregular.

Continuação da Revista da Faculdade de Porto Alegre (1949-1974).

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
Fax: (51) 3264-4194
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

DIREITO NATURAL E CODIFICAÇÃO: ATUALIDADE DO MÉTODO REALISTA CLÁSSICO DE TEIXEIRA DE FREITAS 7
Alfredo de J. Flores

TESTAMENTO POR MEIO ELETRÔNICO: É POSSÍVEL? 27
Ana Lúcia Alves Feliciani

AS CONTRIBUIÇÕES DA CANONÍSTICA ÀS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS ESTATAIS 54
Carlos Silveira Noronha

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA 88
Cassiane Araujo Boeira / Ida Beatriz De Luca

INDIGNIDADE, DESERDAÇÃO E SEUS EFEITOS 106
Ceres Linck dos Santos

UMA PERSPECTIVA ACERCA DO REGIME MATRIMONIAL OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS 132
Cristiano Colombo

ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL (HOMÓLOGA) *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO, QUANDO AUSENTE AUTORIZAÇÃO PARA O PROCEDIMENTO: UMA VISÃO INSTITUCIONALISTA 160
Felipe Cunha de Almeida

A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS: A GRAMÁTICA PARA UMA COMUNIDADE MUNDIAL DE VALORES 178
Fernanda Giardini Pogorelsky

UNIÕES PARALELAS E DIREITO DAS SUCESSÕES 216
Fernando René Graeff

OS SONEGADOS E A COLAÇÃO: NOTAS DO DIREITO SUCESSÓRIO NA PÓS-MODERNIDADE 252
Gustavo Silveira Borges

DIREITO NATURAL E CODIFICAÇÃO: ATUALIDADE DO MÉTODO REALISTA CLÁSSICO DE TEIXEIRA DE FREITAS

Alfredo de J. Flores*

INTRODUÇÃO

Eis uma questão que poucas vezes teve uma apreciação mais profunda por parte dos juristas e teóricos do Direito – a relação entre os princípios e o método do Direito Natural e o modelo contemporâneo de legislação, a codificação. Nesse sentido, o primeiro passo para compreender tal relação, ao menos dentro do Direito brasileiro, seria buscar o fundamento de tal compreensão na experiência jurídica nacional. Nesse caso, é inegável a relevância da figura de Augusto Teixeira de Freitas[1], um

* Doutor em Direito e Filosofia pela *Universitat de València* (Espanha). Professor Adjunto de Metodologia Jurídica (UFRGS). Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir, UFRGS). Sócio do *Instituto de Filosofia e Ciência do Direito* – 'Lex et Ius' (Porto Alegre). Socio aderente da *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* (AAFD).

1 Augusto Teixeira de Freitas nasceu em 19 de agosto de 1816 na vila de Cachoeira, atualmente no estado da Bahia, no Brasil. Os seus estudos jurídicos foram feitos na Academia de Olinda, onde iniciou no ano de 1832, terminando em 1837, depois de passar uma época no Largo de São Francisco, em São Paulo, durante o período de 1833 a 1835. Em 1844, no Rio de Janeiro, na época, capital do Império brasileiro, foi nomeado para auxiliar o Conselho de Estado, fazendo pareceres para o governo. Em 1855 foi encarregado de fazer uma compilação de leis civis do país, finalizada em 1857 como a *Consolidação das leis civis*; posteriormente, fez o primeiro projeto de Código civil do Brasil, no período 1859-1865, que ficou conhecido como o *Esboço do Código civil*. Publicou livros e advogou até a sua morte, ocorrida em 1883 em Niterói, no atual estado do Rio de Janeiro. Outras informações sobre o grande jurista brasileiro são encontradas nas biografias de Manoel Sá Vianna (VIANNA, Manoel A. de S. Sá. *Augusto*

autor que pertenceu a uma outra época dentro da história do Direito brasileiro, em que a legislação nacional era incipiente e a ciência era quase que inexistente na área jurídica, mas que com sua aguda percepção da realidade dos fenômenos jurídicos, em especial nas relações de Direito privado, estabeleceu uma sólida base para o Direito nacional.

Quanto a isso, vale lembrar inicialmente que o citado autor foi o famoso codificador brasileiro que haveria de produzir o mais significativo projeto de Código Civil na América Latina, o *Esboço do Código Civil*. A partir desta e de outras obras, o seu pensamento chegaria a influenciar de modo sensível o trabalho de vários juristas, diríamos em todos os âmbitos, desde os legisladores nacionais e estrangeiros, e nisso se pode fazer menção a Vélez Sarsfield, o codificador argentino que fez seu projeto a partir do modelo formal do *Esboço*, projeto esse que depois seria a legislação vigente naquele país, até os advogados da prática forense brasileira do Império e do início da República.

Mas não somente por isso; é necessário asseverar que a relevância desse pensador brasileiro não se reduz a um mero enquadramento como um operador do Direito de êxito no século XIX. É preciso ainda recordar que o seu projeto de Código Civil apresentava um molde tipicamente moderno, dentro do debate daquele momento sobre a codificação, mas também considerava toda a tradição do Direito anterior, seja no que tange ao aspecto material, da legislação nacional vigente e portuguesa, que era a sua base, seja no que se refere ao aspecto formal, das instituições jurídicas, em que o Direito romano era o fundamento e exemplo.

Tais elementos justificam o enfoque utilizado neste exame, em que se toma o ponto de vista da história da ciência jurídica brasileira para demonstrar que o trabalho de Teixeira de Freitas representa uma nova concepção dentro do pensamento jurídico no século XIX. Fala-se de uma nova concepção porque há desdobramentos do debate europeu, o qual se centrou no eixo exegético-pandectista, a ponto de aperfeiçoá-lo mediante o diálogo entre a técnica rigorosa de codificação do autor brasileiro e os valores e métodos da antiga tradição jurídica que remonta ao fundo jurídico luso-brasileiro.

Em vista disso, a análise que será feita neste trabalho se desdobrará em três partes, a saber: (1) a importância

---

Teixeira de Freitas: traços biográficos. Rio de Janeiro: Typographia Hildebrandt, 1905) e de Sílvio Meira (MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. 2ª ed. Brasília: Cegraf, 1983).

de Teixeira de Freitas, (2) seu contexto histórico e, finalmente, (3) a percepção da presença do Realismo filosófico no pensamento desse jurista, o que mostra a singularidade da história da ciência jurídica no Brasil em razão desse autor.

1 A IMPORTÂNCIA DE TEIXEIRA DE FREITAS

A abordagem inicial se vincula à figura de Teixeira de Freitas, no sentido de buscar perceber a sua contribuição para a compreensão do pensamento jurídico do século XIX. Nesse caso, pode-se apreciar, nessa primeira análise sobre o tema, o valor dos trabalhos do jurista ao menos em dois pontos de vista, os quais podem mostrar o peso específico de seu ideário no cenário nacional, que são: (1.1) o aspecto científico-jurídico de sua obra e (1.2) os possíveis questionamentos filosóficos a partir de seu pensamento.

1.1 O aspecto científico-jurídico de sua obra

O que se deve ressaltar numa primeira abordagem é a valia específica que possuiria a obra de Teixeira de Freitas dentro do contexto jurídico latino-americano. Com efeito, há uma vasta doutrina entre os atuais romanistas que assevera que Teixeira de Freitas é o responsável por construir uma unidade no Direito latino-americano, segundo se pode constatar nos escritos dos professores italianos Sandro Schipani[2] e Pierangelo Catalano[3].

De fato, a respeito disso, pode-se asseverar que a imagem de Teixeira

2 Uma explicação sobre a importância do "sistema latino-americano" pode ser vista em seu artículo: SCHIPANI, Sandro. Sistemas jurídicos e Direito romano. As codificações do Direito e a unidade do sistema jurídico latino-americano. In: LANDIM, José Paes (Org.). *Direito e integração*. Brasília: UnB, 1981, p. 34-53, esp. p. 40 e 47.

3 Já na opinião de Pierangelo Catalano (segundo o seu livro *Diritto e persone*. *Studi su origine e attualità del sistema romano*. vol. I. Torino: Giappichelli, 1990, p. 195-215, esp. p. 195), é possível falar que, na época contemporânea, existem duas linhas no pensamento jurídico: a linha justinianeia, que continua na área de influência ibérica e que seria a base do "sistema latino-americano" com A. Teixeira de Freitas, e a linha pandectista europeia, que definiu a ciência jurídica ocidental. Ante tal separação, aponta de uma forma categórica esse autor que, apesar de alguma abstração nos conceitos do citado "sistema latino-americano", a verdade é que tal sistema está conectado à concreta realidade do homem, especialmente quando se constata entre as linhas do *Esboço do Código Civil* o reconhecimento da existência dos seres humanos concebidos no ventre materno, as "pessoas por nascer", dando seguimento à tradição jurídica romano-ibérica dentro de um contexto moderno.

de Freitas se conforma a tal visão, por vários motivos. Assim, em seus escritos, repassa a obra de Andrés Bello, o ilustre venezuelano que haveria de redigir o Código Civil chileno em meados do século XIX, como também, segundo se disse antes, influiria na obra de Vélez. A julgar por tal relevância de sua obra na história da codificação latino-americana, pode-se indicar que foi o responsável pela unidade da dogmática jurídica civil na América do Sul, o que já foi dito por alguns autores. Contudo, vale lembrar que tal uniformidade se manifestaria numa teoria geral do Direito comum, conforme se percebe na técnica codificatória da época. Em outros termos e partindo propriamente da perspectiva da ciência jurídica, existem elementos que mostram um critério para construir uma técnica jurídica mais adequada ao contexto cultural da América Latina, os quais já se apresentavam nos livros do jurisconsulto brasileiro[4].

Essa imagem, que é retratada por tais romanistas italianos, reconhece uma faceta particular da obra de Teixeira de Freitas, a sua influência na construção da dogmática jurídica. Além disso, seria o sinal para que fosse possível vislumbrar claramente qual foi o papel que teve esse jurista na teoria jurídica nacional. Nesse sentido, essa afirmação tem um respaldo nos grandes autores brasileiros, como se pode depreender até mesmo do singular F. C. Pontes de Miranda, quando este chega a afirmar em seu *Tratado de Direito privado* que é discípulo das ideias de Teixeira de Freitas[5], tido como o grande jurista brasileiro do Império.

4 É um exemplo claro dessa influência de Teixeira de Freitas o sistema civil construído pelo jurista argentino Vélez Sarsfield. Com efeito, S. Meira consegue explicitar isso ao fazer um paralelo entre os projetos desses dois autores, comparando-os no que tange a vários artigos, e também com relação à sistemática que haveria de ser adotada em ambos os trabalhos legislativos. Efetivamente, a citada comparação de Sílvio Meira pode ser observada mais detalhadamente em seu artigo "Direito brasileiro e Direito argentino (Códigos comercial e civil) – influência do 'Esboço' de Teixeira de Freitas no Projecto de Vélez Sarsfield". In: AAVV. *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 345-390, esp. p. 371-378.

5 O vínculo com o ideário de Teixeira de Freitas foi declarado pelo próprio Pontes de Miranda, quando chega a afirmar que "há certo fio de coerência histórica e espiritual em realizarmos, já no plano da sistematização, com o material do direito vigente, complexo e de diferentes datas, versado *lealmente*, o que, no plano da técnica legislativa, fora o sonho do jurista brasileiro, há quase um século", em seu renomado livro *Tratado de Direito privado*. (Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. XXIII).

1.2 Os possíveis questionamentos filosóficos a partir de seu pensamento

Por outro lado, podem-se cogitar algumas questões de ordem filosófica a respeito da visão que Teixeira de Freitas tinha sobre a técnica jurídica. Assim, a existência de pelo menos três aspectos deveriam ser ressaltados.

Em primeiro lugar, a necessidade da leitura filosófica dos fenômenos jurídicos. Aqui se nota que não se pode reduzir a realidade a uma hipótese teórica e, em particular, quando se observa a interpretação histórica de um prático de prestígio como Teixeira de Freitas. Em tal caso, os vários trabalhos desse jurista manifestam uma concepção do jurídico que abarca todos os âmbitos. Assim, quando se dedica à codificação civil, deixa ver uma concepção teórico-filosófica que serve de base ao empreendimento técnico. Além disso, vale ressaltar que a sua visão de técnica jurídica tem a pretensão de apresentar-se como modelo de uma verdadeira construção técnica no Direito. É assim que se manifesta a primeira questão filosófica[6] baseada nas ideias de Teixeira de Freitas presentes em suas obras: em que medida a técnica construída por esse mesmo jurista nos seus modelos de sistematização da matéria civil corresponde a uma ordenação racional por excelência dessa mesma matéria.

Nesse caso, pode-se afirmar que o essencial é referir que a técnica codificatória é uma espécie de técnica jurídica vinculada à necessidade de elaborar a legislação; em outros termos, não se refere *prima facie* a um juízo particular de aplicação da legislação aos casos concretos, pois se encontra no âmbito do universal. Esse âmbito da generalidade da regra legislativa determina a característica primeira da obra codificatória, o que Teixeira de Freitas de fato veio a perceber, de modo especial quando

6 Por isso, Teixeira de Freitas aludia a uma sistematização racional afirmando que "a divisão é instrumento da analyse; mas, terminada esta, e conhecidas as differenças e semelhanças dos entes ou factos observados; a classificação, instrumento da synthese, os distribue, não em series isoladas, mas em classes superiores e inferiores, subordinadas umas às outras, e formando um verdadeiro systema, que não é um simples *arranjamento* e *superposição*, mas um tecido, um aggregado de partes reciprocamente unidas", conforme se percebe no seu livro crítico do projeto de Código português (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Codigo civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859. p. 52).

buscava a excelência[7] no ato da construção do sistema legislativo civil. Consequentemente, tendo a oportunidade de aperfeiçoar um tipo de técnica jurídica por intermédio de seu trabalho codificatório, Teixeira de Freitas consegue perceber que a constituição da técnica, ainda que se trate da elaboração de textos legais, deve sempre acompanhar a realidade dos fenômenos, mas com vistas à universalidade que lhe é própria.

Em segundo lugar e também como uma consequência deste primeiro postulado, é possível fazer alusão ao rigor lógico demonstrado pelo jurista na elaboração do projeto de Código, pois definiu as regras segundo a natureza de cada instituição jurídica, ordenando todas as instituições civis dentro de um sistema jurídico[8], o *Esboço*, que justamente haveria de influenciar vários codificadores latino-americanos.

A perfeição que buscava na elaboração do sistema jurídico civil, segundo se nota no projeto de Código que elaborou, resultou da apurada técnica jurídica[9] que dominava. Isso explica a razão de Teixeira de Freitas conseguir alcançar a excelência nessa técnica a ponto de respaldar

7 Alguns autores chegam a falar de perfeccionismo, como H. Guimarães, que deu uma forte ênfase no que se refere à importância dessa característica na personalidade de Teixeira de Freitas (GUIMARÃES, Hahnemann. Teixeira de Freitas – sua vida e sua obra. *Revista Forense*, fev. 1944, vol. 97, p. 253-255, esp. p. 255), apontando como algo positivo no método de trabalho do civilista brasileiro. Já N. Sampaio afirmava que era um "*vir bonus, iuris peritus*" (homem bom, perito em Direito), pois havia encarnado em sua própria vida as virtudes públicas e privadas (bondade, honra e abnegação) típicas dos juristas romanos, o que explica como o autor nutria uma admiração pela civilização romana (SAMPAIO, Nelson. Teixeira de Freitas – sua vida e sua obra. *Revista Forense*, fev 1944, vol. 97, p. 257-263, esp. p. 259).

8 Desde a *Consolidação*, preocupava-se Teixeira de Freitas com um critério de ordenação, "para achar, porém, os limites do Direito Civil, e a norma da exposição das materias que lhe pertencem, recorremos á estudos de outra natureza, consultámos os monumentos legislativos, revimos e meditamos as tradicções da sciencia, e com toda a liberdade de espirito procuramos essa unidade superior que concentra verdades isoladas, penetra as mais reconditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso" (*Consolidação das leis civis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, p. VII).

9 Em razão disso, Teixeira de Freitas buscava entender a essência da realidade jurídica; por essa razão, o autor asseveraria que procurava "examinar as leis em seus proprios textos sem influencia de alheias opiniões, comparar attentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e consequencias de umas e outras, eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substancia viva da Legislação" (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 2ª ed. cit., p. VII).

os fenômenos mediante a construção de elementos linguísticos e técnicos em prol da busca da harmonia nas relações humanas.

Por fim, o terceiro aspecto é que toda a construção jurídica tinha por fundamento a realidade das relações jurídicas, no sentido defendido por Savigny[10] em momento anterior a Teixeira de Freitas. Nessa perspectiva, essa postura estava presente no pensamento do jurista brasileiro com a peculiaridade de uma interpretação desde a tradição jurídica clássica. Apesar disso, é preciso lembrar que Teixeira de Freitas sempre buscou tratar o fenômeno jurídico baseado em uma linguagem moderna[11], de modo particular quando enfrentou as dificuldades próprias de construir um conjunto de conceitos e regras no processo de codificação civil.

Partindo desses aspectos propostos, fica claro que o trabalho de elaboração do *Esboço do Código Civil*, sob a responsabilidade de Teixeira de Freitas, mostra-se como uma tarefa tipicamente jurídica, em que se percebe um profundo respeito para com a natureza das relações e instituições jurídicas. Dessa forma, é possível notar que a tarefa codificatória contemplou até mesmo os detalhes da fenomenologia jurídica, pois o sistema de regras foi elaborado em conformidade com a técnica jurídica. Disso se conclui que Teixeira de Freitas é um notável exemplo de

10 Quanto à importância da relação jurídica, realçava Savigny, "das Rechtsverhältniß aber hat eine organische Natur, und diese offenbart sich theils in dem Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in der fortschreitenden Entwicklung, die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens" (VON SAVIGNY, F. C. *System des heutigen Römischen Rechts*. Band 1. Berlin: Veit und Comp., 1840, p. 7-8).

11 Dentro da visão moderna, Teixeira de Freitas defende o papel dos direitos subjetivos na ordenação jurídica, "aqui não ha classificação alguma, não ha qualquer systema, ou baseado no ponto de vista do sujeito activo do direito, ou derivado da observação dos direitos, que são protegidos e regulados pela Legislação Civil propriamente dita. Em qualquer desses dous aspectos, para que houvesse um systema, para que houvesse um plano natural e logico; fôra de mister, que se tivesse dividido a massa dessa synthese confusa, – o sujeito activo do direito, ou os direitos (*faculdades*); que se a tivesse observado, estudado, e analysado, em cada uma de suas partes; – que, analysadas e bem conhecidas todas as partes, se as comparasse entre si, para que surgissem suas differenças e semelhanças; – que, discriminadas as differenças, se fizessem classes primarias, e subordinadas; – e que por fim apparecêssem essas classes em um só corpo, ligadas umas ás outras, formando um tecido, um aggregado de partes reciprocamente unidas" (*Nova apostilla á censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto de Codigo civil portuguez*. cit., p. 56-57).

codificador que define uma ideia de construção de sistema civil em que predomina o conhecimento jurídico de caráter prático, o que determina a natureza da técnica legislativa pelo necessário vínculo com a realidade das relações jurídicas.

Partindo dessa linha de raciocínio, pode-se apontar que existem algumas inferências que podem ser feitas desde o questionamento filosófico que foi proposto com base na obra de Teixeira de Freitas e que podem servir de corolário destas considerações sobre o papel do autor.

Inicialmente, e desde um ponto de vista mais genérico, é possível notar em Teixeira de Freitas a presença do ideário do Realismo filosófico clássico em sua conotação aristotélico-tomista, desde uma perspectiva de diálogo constante com a experiência jurídica moderna, a qual por sua vez é permeada pela experiência da construção da codificação e da interpretação jurídica. Efetivamente, o pensamento aristotélico se conforma na tradicional[12] compreensão jurídica tributária ao Direito romano e que manifesta uma visão das instituições e relações do Direito. Tal noção se consolidou no discurso jusnaturalista que é defendido pelo autor, dentro de um padrão de leitura que se insere numa visão de mundo cristã e que entende que existem elementos de verdade científica dentro das manifestações das regras e instituições jurídicas na história.

12 Explica C. Massini a visão realista do Direito desde o caráter prático do fenômeno jurídico, como legatário do pensamento aristotélico e do romano, "creo que nadie podrá negar sensatamente que el derecho es algo que el hombre hace en vistas a su bien propio, específicamente, a su bien propio en la vida común. Pertenece, por lo tanto, al orden práctico y debe consistir, desde esta perspectiva, en un determinado obrar del hombre; ello en razón de que el ser humano edifica su vida – y por consiguiente su vida perfecta – a través de un obrar personal, de una serie de actos concretos dirigidos hacia la obtención de los bienes que el hombre necesita para su vida y, sobre todo, para su vida perfecta. En este caso, dada la radical politicidad del derecho, para el bien común o vida perfecta común en la sociedad política y por su intermedio para el bien personal de cada uno de los integrantes del todo social. Es por lo antedicho que la 'realidad justa' de que habla Santo Tomás para referirse al derecho esencialmente, siguiendo en esto a la tradición aristotélica y romana, viene a ser una 'obra justa', una actividad social del hombre ordenada al bien común a través de los títulos jurídicos de otro. El mismo Santo Tomás se refiere numerosas veces al derecho como 'obra adecuada a otro' o como 'acto' humano rectificado por la justicia. Por otra parte, es lógico que así sea, toda vez que si el orden práctico [...] se halla encaminado a la perfección del hombre, perfección que se logra a través de un cierto obrar, el derecho – parte integrante de ese orden – no puede consistir esencialmente sino en una cierta obra, en un determinado obrar del hombre, ordenado en este caso al bien humano común", no seu livro sobre o tema – MASSINI, Carlos. *Sobre el realismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, p. 17-18.

Além disso, com essa concretização por parte de Teixeira de Freitas da visão realista no processo codificatório brasileiro, fica provada a aplicabilidade[13] das noções filosóficas clássicas na construção de um sistema jurídico propriamente moderno, o Código. Esse fato normalmente não é ressaltado nas atuais pesquisas sobre a história do pensamento jurídico, em especial porque alguns autores jusnaturalistas entendem que a visão jurídica clássica somente poderia ser abarcada pela concreção judicial. De fato, com tal postura se favorece a tentativa de reduzir e enquadrar as atividades jurídicas somente a um campo, o âmbito concreto que é dominado pela razão prática (a "dianoia praktike" aristotélica). Claro está que a razão prática é a base do Direito; porém, não é a totalidade da experiência do Direito, pois assim deixaria em aberto o problema da codificação.

A existência da realidade técnica demanda a utilização da razão produtiva ou técnica (a que Aristóteles chama de "dianoia poietike"). E a isso se acrescenta a razão teórica (que é chamada de "dianoia theoretike") que estuda o universal. De qualquer maneira, é possível notar a fidelidade de Teixeira de Freitas aos princípios jusnaturalistas com base no caráter peculiar do pensamento jurídico luso-brasileiro de sua época, com uma abertura ao método sistemático pelo Iluminismo católico que era professado desde a reforma do Marquês de Pombal em Portugal, desde meados até fins do século XVIII, em que se percebe a defesa no discurso governamental dos valores cristãos[14] e o apego à tradição jurídica lusitana.

---

13 Isso explica porque Teixeira de Freitas chega a anotar que "nós tambem por largo tempo, em todo o decurso de nossa *pratica forense*, muito pensamos sobre este assumpto, compulsamos os monumentos legislativos, combinamos com elles todas as theorias conhecidas, *fechamos os livros, e interrogamos a natureza das cousas*" (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Nova apostilla á censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Codigo civil portuguez*. Cit., p. 10).

14 Nesse sentido, importa recordar o que haveria de explicitar corretamente A. F. Pereira, "queremos dizer que a sua congênita disposição prática, que o leva a erigir a vida humana, concebida como livre, em critério supremo da legislação, encontra confirmação no direito romano, generalizando-se filosoficamente na ideia de natureza das coisas, *natura rerum*. Com efeito, a noção de natureza das coisas, a que frequente e sistematicamente recorre Teixeira de Freitas, como decisiva *ultima ratio* no seu discurso jurídico, não é senão a palavra-chave, a fórmula condensada da teoria greco-romana, aristotélica, do direito natural", em seu elucidativo artigo "O uso brasileiro do Direito romano no século XIX. Papel de Teixeira de Freitas". In: SCHIPANI, Sandro (Org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, 1988, p. 83-99, esp. p. 95.

Por outro lado, isso ocorreu mediante a necessidade de adequar a legislação aos ventos daquela época, de caráter iluminista, e ao tema de momento, a reforma do Estado e da sociedade.

2 O contexto histórico do autor

O fato de que Teixeira de Freitas viesse a defender pontos de vista da noção clássica do Direito durante o século XIX merece explicações mais detalhadas, especialmente no que tange a poder indicar as causas da adoção de tal visão por parte do jurisconsulto brasileiro. É relevante anotar que sua visão técnico-jurídica se coaduna com sua concepção de ciência do Direito, e ao examinar-se o fundo filosófico de seu discurso, é notório que Teixeira de Freitas apresenta particularidades distintas de grande parte dos juristas de sua época. Entre tais particularidades, é possível indicar algumas, como o valor do Direito romano[15] como causa exemplar do estudo das instituições jurídicas, bem como a tradição do Realismo jurídico clássico e a análise da realidade desde as relações jurídicas.

Contudo, isso demanda outra questão muito relevante: qual é a explicação para o fato de que Teixeira de Freitas se orientasse para a concepção clássica, quando os ventos de sua época indicavam para outra direção. A resposta para essa questão se encontra na compreensão que teve o jurista brasileiro de sua experiência na área do Direito. Por essa razão, é necessário resgatar os elementos presentes em seu contexto histórico, com os quais se pode entender a via tomada por Teixeira de Freitas em relação a seu tempo. Tais elementos são visualizáveis a partir de três enfoques distintos: (2.1) a tradição jurídica luso-brasileira, (2.2) o pensamento jurídico anterior a Teixeira de Freitas e (2.3) o ideário dos juristas da época do autor.

2.1 A tradição jurídica luso-brasileira

O primeiro indício dessa compreensão de Teixeira de Freitas foi a própria tradição jurídica presente no Brasil a partir do período em que se deu a colonização por Portugal. Com isso, pode-se dizer que o Direito lusitano da época se apresentava como o fundamento da experiência jurídica brasileira incipiente. No caso mais

15 Realçando o papel do Direito romano no pensamento do grande jurista brasileiro, explicaria J. C. Moreira Alves que, no conjunto da obra de Teixeira de Freitas, revela-se uma "preocupação por extrair do Direito romano seu conteúdo jurídico, para, submetendo-o a exame crítico, aferir-lhe a validade na disciplina das necessidades sociais de seu tempo", como se nota em seu texto. MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In: SCHIPANI, Sandro (Org.). *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto latinoamericano*. Cit., p. 17-39, esp. p. 21.

próximo de nosso autor, pode-se afirmar que, antes da reforma implementada por Pombal (particularmente com os trabalhos de 1769 a 1772), predominou a concepção jurídica que foi chamada correntemente na doutrina como "bartolismo", que, por sua vez, seria a técnica de interpretação e aplicação do Direito que remonta à noção medieval lusitana do Direito comum[16]. Trata-se aqui da atualização da visão do "ius commune" medieval para o contexto da Idade Moderna, com as mudanças que com o tempo os vários autores foram estabelecendo para o uso do Direito romano, bem como para o método utilizado, que apresentou as suas variações.

De outra banda, essa tradição jurídica foi revitalizada a partir da consolidação, desde a Península ibérica, da doutrina escolástica tardia. Nesse aspecto, a revisão e atualização do pensamento tomista no início da Modernidade vai resultar no movimento da Segunda Escolástica, que teve também seu braço português por influência do ramo mais famoso, o da Espanha. Dentro do contexto do descobrimento da América e da transformação social, política e religiosa da Europa de então, o trabalho dessa Escola, atendendo a tais mudanças, representou a formação de uma nova concepção do Direito comum em seus fundamentos, com base em debates filosófico-jurídicos em torno das obras de Vitoria e Suárez. Isso ocorre em consonância com a tradição jurídica anterior, mas em atenção ao novo contexto, em que o tema é o "Direito das Gentes". De qualquer forma, a prática jurídica lusitana coadunava a utilização das Ordenações reais com o uso do Direito subsidiário, especialmente o texto justinianeu e os comentários de Acúrsio e Bártolo.

2.2 O período anterior ao jurista

A reforma pombalina buscava representar uma transformação radical no Estado e na sociedade portuguesa de então. Contudo, resultou na consolidação de um modelo da

16 O "bartolismo" é uma característica do Direito brasileiro, de raiz lusitana, como anota J. H. Martins-Costa, "a expressão 'bartolismo', [...], indica o fato de as sentenças judiciais refletirem as opiniões de autores de diversos sistemas jurídicos, servindo-se os juízes de autores nacionais e de outros países, 'como se existisse ainda um 'Direito Comum' supranacional'. Esta é uma especificidade própria do sistema jurídico brasileiro e que justifica a maior abertura que as nossas sentenças têm para a doutrina, 'que é, assim, fonte de direito". O bartolismo, assim considerado, advém de um específico fenômeno, resultante da lacunosidade das Ordenações e das regras de sobredireito ali consignadas' (MARTINS-COSTA, Judith H. *A boa-fé no Direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Edit. Revista dos Tribunais, 1999, p. 241).

prática jurídica que dialogava com a visão tradicional anterior, ainda que se apresentasse como tributário ao "Praxismo" alemão (também conhecido como "Usus modernus Pandectarum", de autores como H. Conring e J. Heineccius). No caso português, surgem com o tempo os grandes autores de finais do século XVIII e início do século XIX, como Mello Freire, Lobão e Borges Carneiro, que, por sua vez, influenciam diretamente[17] os juristas brasileiros com base nessa nova mentalidade.

Essa influência na prática jurídica provinha, na verdade, de um fundamento teórico que permeava os trabalhos legislativos elaborados sob o comando do Marquês de Pombal. Nesse sentido, é desde o discurso oficial de Pombal que se pode perceber a consolidação da nova doutrina jurídica em Portugal, de raiz jusracionalista, sendo conjugada com o enfoque "praxista" que estava em voga no período, particularmente no eixo centro-europeu. Importa ressaltar que é particularmente na Península ibérica que se percebe tal passagem do modelo antigo (ainda vinculado ao "mos italicus" tardo-medieval) à visão moderna "praxista", sem sofrer maiores reflexos dos polêmicos debates que eram próprios do humanismo do norte da Europa.

De qualquer forma, vale lembrar que a conjugação feita por Pombal se fundava nos estudos empreendidos a partir de 1746 na obra[18] *O verdadeiro método de estudar* de L. A. Verney, autor esse vinculado ao pensamento de L. Muratori, um renomado autor italiano da época. Com a obra de Verney, Pombal aproveita para concretizar nos trabalhos legislativos as ideias que o próprio Marquês havia tomado conhecimento quando de sua estadia como diplomata português em Viena. Durante o período em que comandou o país, Pombal busca firmar os ali-

17 Na opinião de C. do Couto e Silva, "os juristas brasileiros anteriores à independência do Brasil eram todos praxistas, preocupados com a aplicação no foro dos princípios das Ordenações e suas leis complementares ou extravagantes". DO COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: DE FRADERA, Véra J. (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 12.

18 O texto de Luis AntonioVerney saiu com o pseudônimo de "Frei Barbadinho da Congregação da Itália", pois o autor vivia em Roma. O título original foi o seguinte: *Verdadeiro método de estudar, para ser util à Republica, e à Igreja: proporcionado ao estilo, e necessidade de Portugal*. Valencia: Oficina de Antonio Balle, 1746.

cerces de sua política legislativa, de modo especial[19] mediante trabalhos como o *Compêndio histórico do Estado da Universidade de Coimbra* de 1771 e os *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772.

2.3 O pensamento jurídico da época do jurisconsulto

Pode-se dizer que, na época de Teixeira de Freitas, em especial durante a produção de suas obras, o que compreenderia os anos de 1857 a 1883, houve o predomínio no Brasil de uma mentalidade jurídica eclética[20]. Na verdade, já se sentia isso no plano filosófico a partir do ecletismo espiritualista que era tributário ao ilustre pensador francês Victor Cousin e que, até 1870, dominava o cenário nacional com nomes como Monte Alverne, o Visconde do Uruguai e até mesmo o imperador D. Pedro II. Ademais, em termos políticos, a concepção eclética se justificava no contexto de construção de uma identidade nacional, o que repercutiu na política legislativa, como se pode observar nas incumbências de Teixeira de Freitas

19 Afirma R. M. C. Gauer a respeito disso que "com a clara influência de Pufendorf e Thomasen, o direito natural passou a ser visto como um produto da razão e não da revelação divina ou vontade humana constituída em poder. Os compendiaristas utilizaram de tal forma o direito natural com base em Pufendorf, Wolff, Heineck, Bohemer, Darjes, Barbeirac e Thomasen, que esses autores são citados continuamente no 'Compêndio Histórico'; [...] Martini influenciou os compendiaristas na elaboração do 'Compêndio Histórico' e dos 'Estatutos'", como se pode observar na sua obra sobre o tema. GAUER, Ruth Maria Chittó. *A construção do Estado-Nação no Brasil*: a contribuição dos egressos de Coimbra. Curitiba: Juruá, 2001, p. 120-121.

20 Um retrato fidedigno do cenário das ideias no Brasil é feito por J. R. de L. Lopes, quando assevera que "nas monarquias, a vontade do soberano vai sendo matizada. O caso do Brasil é significativo. Trata-se de uma monarquia constitucional em que está aceita a ideia de que as leis são, afinal de contas, produto da vontade da maioria representada na Assembleia Geral do Império (Câmara e Senado). Trata-se, porém, de uma monarquia com instituições conservadoras (Poder Moderador, Senado vitalício, Conselho de Estado, eleições indiretas, Igreja de Estado etc.). Uma interpretação que procedesse diretamente do jusnaturalismo 'antropológico' de Grócio, Hobbes ou Pufendorf poderia levar a interpretações utilitaristas da ordem jurídica e, em última instância, minar a estabilidade de algumas instituições nacionais, como a escravidão. Os autores brasileiros do século XIX voltam-se então para o ecletismo: uma mistura de liberalismo fundado em algumas premissas jusnaturalistas – como a da igualdade de todos os homens – combinada com elementos organicistas, capazes de submeter a desordem dos interesses individuais a uma ordem 'providencial' e 'racional". LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei:* direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Editora 34 – Edesp, 2004, p. 126.

dentro desse plano de elaboração legislativa.

Contudo, no período posterior, de 1870 a 1890, o ideário em pauta é o de renovação, tendo por pano de fundo a questão republicana. Nesse contexto, surge o naturalismo, fruto dos debates sobre o evolucionismo e as conquistas científicas, em que despontam figuras na área jurídica que representaram a ruptura com o passado, como no caso de Tobias Barreto e de Sílvio Romero. O pensamento de tais autores formou uma nova mentalidade no país[21], a "Escola de Recife", que viria a dominar o discurso jurídico desse período e que alcançaria o auge durante a elaboração do Projeto de Código de Bevilaqua. De fato, o seu predomínio favoreceu posteriormente, já no início do século XX, o surgimento do positivismo comteano, de autores como Pedro Lessa, que combate a doutrina que representa a continuação de uma noção tradicional do Direito, como a doutrina escolástica de Soriano de Sousa, que era das décadas de 1860 a 1890.

Ante esse cenário, pode-se apontar que Teixeira de Freitas compreendeu seu papel dentro desse contexto de ideias, já que, a partir do momento em que teve a responsabilidade de ordenar a prática jurídica civil com a *Consolidação*, fazendo, logo depois, o projeto de Código, percebeu o peso da função que recebera. Por isso, deveria restabelecer a concepção da tradição jurídica luso-brasileira com uma atualização necessária, isto é, a construção de uma legislação nacional apta para a época, analogamente dentro do espírito que Savigny[22] em seu contexto queria colocar na política legislativa

21 A respeito da Escola de Recife e a sua correspondência de ideias com o projeto de Código Civil feito no ano de 1899 por C. Bevilaqua, que se converteria no primeiro Código Civil do país em 1916, argumentava C. do Couto e Silva que "a influência do Direito germânico cresce no Direito brasileiro com a orientação que lhe deu Tobias Barreto, conhecida sob a denominação de *Escola de Recife*. O Código Civil recebe em grande medida estas novas ideias, pois seu autor era um dos corifeus dessa orientação cultural". DO COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. Cit., p. 18.

22 A força das ideias novas do discurso iluminista eram sentidas em todo o mundo ocidental no século XIX; isso explica tal visão de Savigny, como assevera A. Dal Ri Jr., "é nesse contexto, e na angústia dessas reflexões sobre o destino da cultura jurídica germânica, que Savigny busca perspectivas novas para o Direito da sua gente. Tenta, mais do que qualquer coisa, evitar a implantação cultural de modelos jurídicos e políticos externos, não condizentes com as tradições historicamente consolidadas pelo seu povo". DAL RI JR., Arno. O humanismo jurídico segundo Friedrich K. von Savigny. In: DAL RI JR., A. & PAVIANI, J. *O humanismo latino no Brasil de hoje*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001, p. 150-167, esp. p. 153.

de seu período. Esse é o sentido que norteia a sua compreensão a respeito da codificação.

Por outro lado, soube posicionar-se numa circunstância adversa[23], em que o ponto de vista político (a luta republicana e abolicionista) era o que estava em voga, desprestigiando a verdadeira interpretação jurídica dos fatos em prol do domínio do discurso de forte conotação política. Vale lembrar que Teixeira de Freitas nunca defendeu o predomínio do político sobre o jurídico, fato esse que era típico no pensamento dos autores da época, ainda mais ante as mazelas do Império e as respostas exaltadas em razão da escravidão, mas sempre considerou que todas as modificações necessárias para atender às necessidades da época deveriam ser feitas no plano da legislação, o que garantia a segurança jurídica na sua interpretação para efeitos de aplicação nas relações jurídicas.

3 A presença do realismo jurídico em Teixeira de Freitas

Partindo do que se apresentou anteriormente, pode-se dizer que o ponto de vista externo, de fazer a reconstituição das fontes de trabalho de Teixeira de Freitas, confirma a continuidade do pensamento filosófico clássico, de origem nas Escolas jurídicas medievais, no contexto do autor. A reconstituição dessa linha se dá desde a tradição jurídica luso-brasileira, que se consolida nas Ordenações, passando pela reordenação pombalina, que nutre as suas raízes no Iluminismo católico, para chegar até o momento das suas obras. O que se percebe é que, na época de Teixeira de Freitas, a visão eclética filosófica que predomina principalmente no 2º Império favoreceu a manutenção de postulados tradicionais do Direito, de modo especial na prática forense.

Entretanto, essa presença da filosofia clássica no pensamento de Teixeira de Freitas somente se observa na perspectiva interna, ou seja, tentando compreender a visão que tinha esse jurisconsulto sobre o fenômeno jurídico. Aqui radica a singularidade de Teixeira de Freitas, a peculiaridade de buscar atualizar o ideário jusnaturalista clássico concomitante à incumbência de elaborar uma codi-

23 Nesse sentido, segundo transcrição de S. Meira, seria possível recordar que o compilador brasileiro afirma, numa polêmica com C. A. Soares em 1857 no "Instituto dos Advogados do Brasil" a respeito da escravidão, que "em questões abstratas de jurisprudência, não posso compreender que se desenvolvam paixões; não sei também que fruto se possa colher dos assaltos de uma primeira ideia, e arrebatamentos do entusiasmo, em matéria de pura observação e raciocínio". MEIRA, S. A polêmica de Teixeira de Freitas e Caetano Alberto Soares. *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano 41, n. 171, jan.-mar. 1988, p. 41-77, esp. p. 45.

ficação tipicamente moderna. Entretanto, não se quer aqui afirmar uma incongruência na mente de Teixeira de Freitas: de fato, não parece que tal autor buscava simplesmente conjugar princípios jurídicos radicados na experiência jurídica romano-medieval e na técnica moderna. Na verdade, há uma essência material e formal que advém do Direito romano e da legislação medieval que, por sua vez, deve ser apropriada e processada para sua época. Essa caracterização pode ser visualizada em dois tópicos, a saber: (3.1) o método utilizado pelo autor e (3.2) a aplicação da visão realista em seus trabalhos.

3.1 A metodologia do jurisconsulto

No que se refere ao método empregado por Teixeira de Freitas, é possível indicar alguns pontos em que o jurista brasileiro mostra sua compreensão a respeito dos fenômenos do Direito segundo os padrões defendidos pela tradição jusnaturalista clássica.

De início, pode-se fazer referência à utilização do Direito romano como paradigma para os trabalhos de codificação[24]. Nesse aspecto, a preocupação de Teixeira de Freitas foi a de reconstruir uma linguagem jurídica que representasse a realidade dos fatos, de onde se depreende a razão pela qual o Direito romano se colocaria como exemplo para promover a ordenação da legislação civil no Brasil. Contudo, cumpre salientar que sua admiração pela concepção jurídica romana não resultou numa postura de rejeição da compreensão moderna de necessidade de uma sistematização da legislação nem tampouco na idolatria anacrônica da citada visão romana em todos seus conceitos e sentidos. Pelo contrário, o jurista reconhecia a necessidade de uma adequação à sua época, sempre partindo das origens romanas e lusitanas; por outro lado, soube também diferenciar as noções ainda válidas do antigo ordenamento romano e aquilo que não era mais aplicável em sua realidade.

Além desse ponto de vista material, era também característico o enfoque formal, em que o jurisconsulto buscou estipular um critério lógico de classificação da matéria jurídica, de acordo com cada trabalho legislativo que deveria empreender. Desse modo,

24 Nesse sentido, afirma E. de Moraes Filho que o Direito romano serviria de paradigma durante a construção do sistema jurídico de Teixeira de Freitas, atuando como um critério seguro em que o autor utilizava a cada momento na elaboração e aplicação de seu sistema. Contudo, não era um modelo incontestável e imutável, pois o famoso jurista opinava que o Direito romano teria também alguns problemas. DE MORAES FILHO, Evaristo. Teixeira de Freitas, a busca da perfeição e a dogmática jurídica. *Revista Forense*, ano 81, jul.-set. 1985, vol. 291, p. 1-22, esp. p. 10-11.

ao compilar a legislação civil nacional na *Consolidação*, Teixeira de Freitas referia à necessidade de ter um critério mais universal para ordenar toda a matéria civil, o que encontraria na distinção entre direitos pessoais e direitos reais[25]. Por sua vez, ao elaborar o *Esboço*, tratando-se de um projeto de Código Civil, o autor acrescentou mais um critério, ainda mais universal, que foi a distinção entre direitos absolutos e direitos relativos. Nessa busca se visualiza um vínculo com a tradição jusnaturalista clássica, quando o jurisconsulto deixa claro que os seus critérios são definidos com base na percepção da natureza das instituições jurídicas na realidade, ou seja, nos fatos e nas relações do Direito.

Por fim, é possível ainda recordar, dentro deste enfoque formal, a busca da "unidade superior" na matéria, justamente o corolário desse ponto de vista formal. Destarte, Teixeira de Freitas percebe que a definição dos critérios de ordenação da matéria deve resultar na possibilidade de fazer conexões entre as instituições jurídicas com o objetivo de construir um sistema jurídico que busque a perfeição técnica.

3.2 A aplicação do método realista na obra de Teixeira de Freitas

O segundo aspecto que corrobora a visão clássica no ideário de Teixeira de Freitas é a aplicação dos critérios do Realismo jurídico nas suas obras. Também nesse caso, indicam-se algumas características que ressaltam essa noção.

Assim, o primeiro sinal da aplicação dos postulados clássicos seria a compreensão de caráter concreto que exibe em suas obras, visualizável desde sua atuação advocatícia, que era muito reconhecida na época. É possível ainda apontar tópicos específicos, que confirmam tal concepção, dentre os quais pelo menos um é característico – a atenção dada por Teixeira de Freitas para as relações econômicas na sociedade brasileira daquela época, como de fato haveria de manifestar quando da ordenação da matéria civil para efeitos da *Consolidação*.

---

25 De fato, diz Teixeira de Freitas sobre tal divisão que "ella estava latente em todos os Codigos e Legislações, manifestava-se variadamente por expressões dubias, achava-se, e persistirá eternamente, no pensamento analytico e synthetico do Direito, actuava por effeitos sensiveis e praticos na scena judiciaria, reapparecia na scena economica sob a face de valor, e ultimamente veio ostentar toda a sua importancia nas novas idéas sobre o regimen hypothecario moderno. Nada mais fizemos do que tirar partido dessa capital distincção, tão exacta para o espirito, como apreciavel na vida real, colhendo della mais uma applicação, que não era para desprezar". *Nova apostilla á censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Codigo civil portuguez*. Cit., p. 10-11.

Porém, não se restringe somente a isso a influência da metodologia realista no autor. Pode-se apontar ainda a defesa da razão prática, a razoabilidade. Isso se ratifica em sua atenção para com a realidade nacional no momento em que regula os fatos em suas obras. Aqui justamente se percebe que Teixeira de Freitas opta pelo realismo clássico, também no intuito de evitar o idealismo com a sua mera aplicação de postulados conceituais de origem filosófica para definir a natureza das instituições e regras do Direito, prática essa que foi tão comum entre os autores do período e que segue em voga até os dias atuais.

Sinteticamente, nessa perspectiva, pode-se anotar que o jurista respeitou os valores básicos da cultura do país. Por essa razão, tinha posições fortes, o que infelizmente explica o seu isolamento no final de sua vida. Entre tais posições estava o seu rechaço à escravidão ainda vigente na época, porém não dentro de uma cartilha de índole republicanista, comum no período. Na verdade, Teixeira de Freitas entendia que seriam necessárias modificações legislativas de peso para uma verdadeira mudança, o almejado fim da escravidão. Dizia isso porque sabia que o tema da condição do escravo se convertera simplesmente em mais um tópico dos debates entre os políticos da época, tornando-se com isso em mote para ações de movimentos políticos que representavam defesas de interesses, sem manifestar preocupação pelo bem comum. Ao defender uma via de definição jurídica e legal, o que era diferente do que era estipulado no debate político monarquista-republicano nesse tema, o resultado foi que ficou estigmatizado como se fosse um escravocrata e, ao mesmo tempo, como um crítico da legislação libertária do final do Império e da política do próprio imperador. Infelizmente, ao estigmatizá-lo seus contemporâneos não quiseram lembrar que Teixeira de Freitas havia dado várias cartas de alforria a escravos. Como se vê, sua solução de cobrar o rigor na legislação não era bem-vista numa época de debates que beiravam ao embate ideológico e demagógico.

Nesse mesmo caminho, quando estabelece uma definição da condição de pessoa no *Esboço*, o autor defende o nascituro, enquadrando-o como "pessoa por nascer"[26] no texto do projeto de Código. Indubitavelmente, tal posição representava para o autor que esse ente no ventre materno possuía a

26 Com efeito, estabeleceu Teixeira de Freitas no art. 53 do *Esboço* que "são *pessoas por nascêr* as que, não sendo ainda nascidas, achão-se porem já concebidas no ventre materno". TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Codigo civil – Esboço*. fasc. I. Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 59.

personalidade jurídica como qualquer outro ser humano, de onde resultavam na sua visão inúmeros direitos civis e de personalidade para o nascituro.

CONCLUSÃO

Para concluir essa investigação, depois da exposição de argumentos é o momento de apresentar algumas conclusões a respeito da relação entre Teixeira de Freitas e o realismo clássico. Em primeiro lugar, percebe-se em suas obras uma visão profunda da realidade, já que tem sempre em conta a compreensão do jurista romano na interpretação das relações jurídicas. Com isso, nota-se que não atuou como grande parte dos autores de mentalidade moderna, os quais, por sua vez, ao elaborarem sistemas jurídicos doutrinais ou legislativos deduziram tudo de alguns postulados teoréticos.

Ademais, defende a verdade evidente nos fenômenos baseado na noção de "natureza das coisas", dentro dos limites da própria tradição luso-brasileira. Nesse sentido, em suas obras não é comum encontrar citações de filósofos do pensamento clássico, mas isso não é propriamente um obstáculo para que seja enquadrado como jusnaturalista, isso porque foi um verdadeiro defensor do Realismo jurídico clássico usando a linguagem de sua época e tendo a percepção correta dos fatos e das relações jurídicas, como se pode vislumbrar nas suas obras legislativas.

De outra banda, o conjunto de sua obra confirma que houve inserção dos postulados do Realismo jurídico na cultura brasileira, em especial no Direito civil. A raiz disso estava na história, pois, desde a prática do "bartolismo" no início da Modernidade em Portugal e depois, em certo sentido, com o "praxismo" lusitano da época pombalina, valorizou-se uma concepção prática do Direito que tinha em conta o concreto das relações. Vale lembrar aqui que houve uma forte influência do método escolástico medieval na prática "bartolista" em vista da formação dos juristas portugueses desde a Escola dos comentadores. No que tange ao modelo do "Usus modernus", Pombal buscou uma profunda modificação da experiência jurídica portuguesa, abrindo caminho para consolidar uma influência da Escola de Direito Natural racional em Portugal. No entanto, num primeiro momento, a modificação ficou mais no plano do uso do direito subsidiário da legislação "moderna" da época que estava sendo produzida nas outras nações, mas não chegou a alterar a dinâmica do uso das Ordenações, com sua visão vincada na prática antiga; essa experiência se dava em Portugal, e por isso também no Brasil, até ao menos a consolidação da codificação do século XIX, quando então o movimento das ideias era totalmente diverso da postura an-

tiga e tradicional. Quando ocorre a quebra com a tradição, consolida-se o discurso idealista, bastando lembrar para tanto figuras daquela época, como o filósofo de moda em meados desse século XIX em Portugal, Vicente F. Neto Paiva, que representa bem o novo pensamento português.

Tendo por base a visão de Teixeira de Freitas a respeito do Direito, a questão central da indagação filosófica sobre a técnica jurídica fica delineada a partir da percepção de sua função na concreção que ocorreu no processo codificatório. Explicando em outros termos: tal processo de legislação deveria configurar-se como um reflexo das instituições jurídicas, pois a construção do sistema jurídico em cada área deve possuir um fundamento, que são as instituições como manifestação da realidade concreta. Assim, aceitando-se tal compreensão da técnica jurídica, fica patente que o pensamento contemporâneo, correntemente chamado de pós-positivismo, pode resultar numa rejeição da formalidade da técnica jurídica em prol da arbitrariedade do detentor do poder ou do mero consenso social, pois nega veementemente um fundamento na realidade aos moldes clássicos.

Não se pode esquecer ainda que Teixeira de Freitas consegue mostrar claramente o critério correto para a construção da legislação. Isso ocorre porque tem bem claro qual é o limite da tarefa legislativa, no seu caso particular, quando elabora a compilação de leis civis ou o projeto de Código Civil. Com tal percepção, evita chegar a uma visão extremada, que é própria do cientificismo ainda vigente em meados do século em que viveu, como é possível observar no primeiro R. von Jhering, que, no seu *Espírito do Direito romano*, defende uma construção jurídica laboratorial. Além do mais, Teixeira de Freitas também consegue evitar a implantação de um modelo filosófico iluminista na ciência jurídica dos Oitocentos, o que, aparentemente e segundo a opinião de vários autores, foi obra de G. F. Puchta, reconhecido discípulo de Savigny, que teria iniciado a Jurisprudência dos conceitos.

Em síntese, pode-se afirmar que Teixeira de Freitas estabelece padrões para o rigor técnico de construção do sistema jurídico civil, colocando as instituições jurídicas civis no seu devido lugar e, ao mesmo tempo, mantendo um vínculo com a realidade dos fenômenos jurídicos, que se apresenta nos fatos e nas relações jurídicas, o que é próprio do pensamento e do método do Realismo clássico.

TESTAMENTO POR MEIO ELETRÔNICO: É POSSÍVEL?

Ana Lúcia Alves Feliciani

INTRODUÇÃO

Entre os antigos, o direito de propriedade deitava suas raízes na religião, "tendo-se estabelecido para efetivação de um culto hereditário, não podia extinguir-se ao cabo da vida curta do indivíduo".[1] A religião determinava que os bens e o culto de cada família seriam inseparáveis, enquanto o cuidado dos sacrifícios, ou seja, as oferendas sobre o túmulo passavam sempre àquele a quem a herança revertia, qual seja, ao herdeiro.[2] Isso porque a religião doméstica era "hereditária, de varão em varão, a propriedade igualmente o era".[3]

Embora isso, primitivamente, o testamento não era conhecido, tendo em conta que o direito de testar achava-se em conflito com as crenças religiosas, as quais eram a base do direito de propriedade e do direito de sucessão.[4] E isso era assim, porque a propriedade não pertencia ao indivíduo, mas, sim, à família, sendo que aquela era adquirida pelo culto doméstico e não pelo trabalho.

Dentre os Romanos, anota Fustel de Coulanges que o "testamento não era absolutamente desconhecido, mas, na prática, muito difícil. Exigiam-se-lhe, grandes formalidades". No entanto, na época das XII Tábuas, "o testamento aparece sob a forma de uma declaração proclamada entre a assembleia do povo, os comícios curiatos (testamento comicial) ou perante os

1 COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga.* Trad. de Fernando Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 69.

2 *Ibidem.*

3 *Ibidem*.

4 Idem, p. 79.

companheiros de armas (testamento militar)".[5] John Gilissen aponta, ademais, que a literatura jurídica da época clássica, em matéria de sucessão, é "quase exclusivamente consagrada ao testamento, não se ocupando senão muito acessoriamente da sucessão *ab intestato"*,[6] sendo certo que "sob o Império, o testamento romano tornou-se um acto relativamente simples: pode ser feito por uma declaração oral (*nuncupatio)* diante de sete testemunhas, pela qual o testador institui um herdeiro".[7] O testamento era, pois, "il negozio di gran lunga piú importante nella vita socialie e giuridica in Roma",[8] podendo ser definido como "quell'atto solenne di ultima volontà col qualse si nomina l'erede e si può trimenti del próprio patrimônio per legato, nominare tutori, manomettere servi, ecc.".[9]

É certo, nesse viés, que o direito sucessório romano, consagrado nas *Institutas* de Justiniano, solidificou os parâmetros do direito das sucessões, que norteia o Direito Sucessório pátrio da atualidade[10], 'o qual não é campo aberto a inovações de grande porte, mas, tendo estrita conexão com duas instituições básicas do ordenamento jurídico de qualquer povo, como são a família e a propriedade, é compreensível que receba influência por que estas passam".[11]

Carlos Maximiliano[12] ensina que "denominam-se atos jurídicos *mortis causa* os que entram em vigor pelo

---

5 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito.* Tradução de A. M. Hespanha e L.M. Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1995, p. 689.

6 *Ibidem.*

7 *Ibidem.*

8 BONFANTE, Pietro. *Instituzioni di Diritto Romano.* Torino: G. Giappichelli Editore. 1957, p. 584.

9 Idem, p. 584.

10 *Institutas do Jurisconsulto Gaio*. Tradução J. Cretellla Jr. Agnmes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 91. Gaio referia que 'havia a princípio dois tipos de testamentos, a saber: as pessoas faziam testamento *calatis comitiis*, realizados duas vezes por ano e destinados aos que faziam testamentos, ou então, *in procintu*, quando se preparavam para a guerra, porque *procinctus* é o exército preparado e armado", mas "quem não tinha feito esses dois testamentos [...] e tivesse receio de morrer repentinamente, dava a um amigo seus bens de família, isto é, seu patrimônio em mancipação, especificando o que pretendia dar a cada um, depois da morte. Chama-se *par aes el libram* e esse tipo de testamento que se faz por *mancipação*".

11 GOMES, Orlando. *Direito das Sucessões.* Rio de Janeiro: Forense, 1986.

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

falecimento do disponente e em regra se aplicam ao espólio do mesmo" de sorte que "a vontade individual se prolonga além da morte e até depois de cessar a capacidade jurídica, embora na generalidade dos casos, o direito sujetivo exista ao serviço e no interesse dos vivos".[13]

O testamento é a espécie de ato jurídico *causa mortis* que interessa ao presente estudo e trata-se de "ato unilateral, de última vontade, gratuito e solene, contendo disposições patrimoniais ou providência de caráter pessoal ou familiar, exequíveis depois da morte do testador",[14] cujo "principal objetivo das disposições é substituir, total ou parcialmente, a sucessão legítima, pela voluntária".[15]

No Brasil, a evolução legislativa relativa ao direito sucessório passa pelas Ordenações do Reino – Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603), bem como pela *Consolidação das Leis Civis,* de Augusto Teixeira de Freitas, de 1859, constituindo-se em verdadeiro Código Civil do período imperial[16], até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, cujo projeto aprovado foi, como se sabe, o elaborado por Clóvis Beviláqua, que vigorou no país até 10 de janeiro de 2002.[17]

O testamento resiste ao tempo, pois, na atualidade, verificada a capacidade e a legitimidade, excluída da legítima dos eventuais herdeiros necessários, bem como observadas as minuciosas solenidades previstas nos artigos 1.857 a 1.896 do Código Civil em vigor, poderá o testador dispor sobre seu patrimônio, bem como sobre questões não patrimoniais, para depois de sua morte.

Há, porém, um número diminuto de pessoas que falecem deixando testamento, em relação àquelas que deixam que a lei estabeleça os herdeiros sucessíveis para receber seu patrimônio, quiçá, pela complexidade das regras que compõem o primeiro modo de sucessão.

Todavia, não se pode perder de vista que "o direito de testar assenta em duplo fundamento – econômico e

---

13 *Ibidem.*

14 MAXIMILIANO, Carlos, p. 354-355.

15 MAXIMILIANO, Carlos, p. 360.

16 Seguiram-se a Consolidação das Leis Civil, de Augusto Teixeira de Freitas, os anteprojetos de Nabuco de Araújo (1872), Felício dos Santos (1881), Coelho Rodrigues (1893) e Clóvis Beviláqua (1889).

17 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.

moral"[18], pelo que a lei regula a sucessão em conformidade com o pensamento geral e as ideias dominantes em cada país[19], de sorte que a ideia de disposição de última vontade deve estar adequada à evolução da coletividade.[20]

Nessa linha, o presente estudo busca uma visitação ao direito sucessório, especialmente à sucessão testamentária, de modo a contextualizá-la, em razão das novas tecnologias da informação e da comunicação, à nova configuração da atual sociedade, dita informática, destacando que o Código Civil de 2002 admite a realização do testamento a próprio punho ou por meio mecânico, sem mencionar os meios eletrônicos.

Não pretendemos, no entanto, analisar de forma aprofundada a sucessão testamentária, embora rico o ambiente para tanto, bem como não abordaremos minuciosamente as questões que envolvem a assinatura digital e a certificação digital associada à infraestrutura de chaves públicas brasileira – ICP-Brasil, criada pela Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Bem como não analisaremos detidamente essas questões à luz das disposições da Lei n. 11. 419 de 2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial, mas buscar-se-á promover um diálogo entre os direitos sucessórios, digital, notarial e processual civil, traçando linhas gerais de modo a compatibilizá-los entre si em perspectiva da sociedade pós-moderna.[21]

Para tanto, o estudo será dividido em duas partes. Na primeira, faremos anotações acerca do testamento, apontando seus requisitos essenciais de validade, tal como dispostos no Código Civil em vigor; na segunda, nossa atenção estará voltada para o atual tecido social, marcando características da pós-modernidade, marcada que é, entre outros aspectos, pela sociedade virtual.

---

18 *Ibidem*, p. 361.

19 *Ibidem*, p. 361.

20 *Ibidem*, p. 362.

21 Antonio Junqueira Azevedo pontua algumas características dos tempos pós-modernos: "a *hipercomplexidade*, que, no mundo jurídico, se revela na multiplicidade de fontes do direito, quer materiais – porque hoje são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade, mas valores compartilhados (*shared values)*, e cada um querendo uma norma ou lei especial para si –, quer formais – com um sem-número de leis, decretos, resoluções, códigos deontológicos, avisos etc." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 9**,** n. 33, p. 123-129, jan.-mar. de 2000).

TESTAMENTO

Sucessão, do latim *succedere*, significa "vir depois".[22] Eduardo de Oliveira Leite[23] ensina que "a palavra 'sucessão' tem duplo sentido na linguagem jurídica. Em sentido próprio (ou restrito) ela designa a transmissão de bens de uma pessoa em decorrência de sua morte. Como transmissão, a sucessão estabelece uma ligação entre duas pessoas", o autor da herança, também denominado *de cujus*[24], e o sucessor. Em sentido lato, sucessão designa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, substituindo-a no campo das relações jurídicas, havendo apenas alteração de sujeitos, mantendo-se o bem jurídico.

O primeiro sentido é o que interessa ao presente estudo.

A morte determina a abertura da sucessão,[25] em que a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos ou testamentários.[26] A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade,[27] de sorte que, na ausência desta, a partilha dos bens segue o critério legal, sendo convocados a suceder os familiares mais próximos, em conformidade com a ordem de vocação hereditária.[28]

A sucessão testamentária vem regulada nos artigos 1.857 a 1.990 do Código Civil em vigor, somando 133 dispositivos. Já à sucessão legítima, o legislador pátrio dedicou apenas 72 artigos, do 1.784 ao 1.856, o que revela não apenas a importância como também a complexidade, da sucessão testamentária no direito brasileiro.

---

22 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, p. 1.897.

23 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. V. 6: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 23.

24 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 17-18. A locução *de cujus* é de origem latina, "que se traduz aquele ou aquela *de cujo* ou *de cuja*, utilizada não somente para indicar que a sucessão está aberta, como para significar pessoa falecida, sendo assim equivalente a morto, ao falecido, ao sucedido. O uso da expressão advém de uma abreviação feita à frase: *De cujus sucessione agitur* (aquele de cuja sucessão se trata)".

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

26 Art. 1.784, Código Civil de 2002.

27 Art. 1.786, Código Civil de 2002.

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

Em que pese reduzida a parcela das pessoas que falecem deixando testamento[29], Arnaldo Rizzardo,[30] com propriedade, justifica a grande importância dada pelo Código Civil a essa espécie de sucessão:

> Em parte, explica-se o maior realce em vista da liberdade individual que predominava nos tempos de formulação do Direito codificado de 1916 e perdurou, embora com menor intensidade, no Código de 2002.
> [...]
> Mas há de considerar ainda que o testamento encerra um significado também de ordem social, em que se viabiliza a distribuição das riquezas fora dos círculo restrito dos parentes, às vezes não bastante necessitados quanto um estranho contemplado pelo autor da herança. Muitas pessoas, na verdade, encontram na sucessão testamentária o único caminho de remediar a situação econômica e de serem compensados pela dedicação e desvelo que revelaram ao morto quando vivia.

A par disso, na hipótese de falecer o autor da herança sem deixar descendentes, restando sobrevivente o apenas cônjuge, por meio de disposição testamentária, poder-se-á conservar para este a maior parte do patrimônio, evitando sua pulverização com os ascendentes, especialmente se tais bens são necessários como moradia e para subsistência.[31] Na ausência de familiares mais próximos, a transmissão da herança a colaterais, quiçá, sem nenhuma relação de afeto com o falecido, pode ser evitada.[32]

O testamento traduz-se em simples meio para a transmissão de patrimônio[33], podendo veicular disposições de cunho existencial, como, *v.g.*, o re-

---

29 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.* 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.

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

31 *Ibidem,* p. 227.

32 *Ibidem,* nesse sentido, p. 227.

33 Nesse particular, Orlando Gomes questiona: "Quanto à propriedade, interroga-se mais incisivamente onde identificar sua *função social* –'ratio' de sua legitimidade – na sua aquisição por herança, que não se funda, como adverte um escritor, nem sobre o trabalho, nem na poupança do adquirente. Resposta não se obtém porque a função social da propriedade é uma ideia estranha à sucessão hereditária como simples transmissão de bens a que se reduz". Ob. Cit., Prólogo.

conhecimento de filho[34], sendo certo que "ao não recorrer ao testamento, o hereditando renuncia o direito de fazer alguns ajustes com a sua quota disponível, para atender a membros da família ou a terceiros, visando retribuir algum benefício especial recebido ou favorecer aos mais necessitados, guiando-se, destarte, por um sentido amplo do valor justiça".[35]

Na precisa definição de Paulo Nader[36], "testamento é modalidade de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, formal, revogável, *mortis causa*, cujo objeto é a destinação de bens, para pessoas físicas ou jurídicas, respeitada a quota dos herdeiros necessários, ou disposição de natureza não econômica, expressamente admitida em lei".

Eduardo de Oliveira Leite[37], de forma didática e sintética, anota que o testamento reveste-se das seguintes características: (1) é um negócio jurídico; (2) é ato personalíssimo; (3) é ato unilateral; (4) é negócio gratuito; (5) é negócio formal e solene; (6) é negócio jurídico revogável; (7) é negócio jurídico *causa mortis.*

É negócio jurídico porque o testamento se forma mediante declaração de vontade, cujos efeitos são conferidos pelo ordenamento jurídico; é unilateral porque basta a manifestação de vontade do testador, desde que seja capaz e seja maior de dezesseis anos[38], é ato personalíssimo[39] porque sua ideação se deve unicamente ao disponente, não sendo possível que o façam terceiros, por meio de procuração; é gratuito porque ainda que haja disposição de encargos aos beneficiários, não estará afastada tal característica; é formal e solene a fim de garantir o efetivo cumprimento da real vontade do testador; é revogável porque o declarante pode rever suas disposições a qualquer momento antes de sua morte, modificando-as, substituindo-as, ou mesmo afastando-as total ou parcialmente[40]; e é *causa mortis* porque em sendo válido o testamento, somente terá eficácia com a morte do testador.

---

34 Art. 1.857, parágrafo segundo, Código Civil de 2002.

35 NADER, Paulo. Ob. cit., p. 195.

36 NADER, Paulo. Ob, cit., p. 203.

37 LEITE, Eduardo de Oliveira. Ob. cit., p. 179.

38 Arts. 1.857 e 1.860, parágrafo único, ambos do Código Civil de 2002.

39 Art. 1.858, Código Civil de 2002.

40 Art. 1.858, Código Civil de 2002.

A fim de garantir a vontade do testador, a lei civil prevê determinadas formas a serem observadas, sob pena de nulidade do ato, distinguindo-as "por um conjunto de solenidades indispensáveis e insubstituíveis"[41], que serão objeto de análise no próximo ponto.

A) Formas de Testamento

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 referem-se às formas pública, cerrada e particular, são aquelas que "todas as pessoas capazes podem fazer em qualquer circunstância".[42] As segundas permitem-se em "circunstâncias extraordinárias e se caracterizam pela dispensa de formalidades exigidas para a validade dos ordinários"[43]. Estas encontram-se dispostas nos incisos I a III do art. 1.886, dispondo sobre o testamento marítimo, aeronáutico e militar. Não se permite, no entanto, a forma híbrida.

Cada uma dessas formas encontra regramento próprio, a par de contar com disposições gerais, comuns a todas, como acontece com a capacidade para testar[44] e a impossibilidade de inclusão da legítima dos herdeiros necessários no testamento – ou seja, há limitação à autonomia da vontade, pelo que o testamento deve restringir-se à metade da herança –, bem como a possibilidade de disposição testamentária de caráter não patrimonial.[45]

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 a conclusão do negócio, o instrumento deve ser assinado por todos

41 GOMES, Orlando. *Sucessões.* 14. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 100.

42 Idem, p.106.

43 *Ibidem.*

44 Art. 1.857 e parágrafo único do art. 1.860, Código Civil de 2002.

45 O reconhecimento de paternidade é hipótese prevista no art. 1.609, mas, nesse ponto, resulta afastado o caráter da irrevogabilidade (art. 1.610). Disposições testamentárias não patrimoniais podem ser, também: a nomeação de tutor pelos pais (parágrafo único do art. 1.729); a reabilitação do indigno (art.1.818); a deserdação (art. 1.964); a nomeação de um ou mais testamenteiros (art. 1.976); sufrágios por alma do falecido (art. 1.998).

que estiverem presentes no ato. É de notar que essa forma testamentária é a única permitida ao cego (art. 1.867), mas é facultada ao surdo, saiba este ou não ler (art. 1.866).

A forma cerrada vem prevista nos artigos 1.868 e seguintes do Código Civil. Deverá o testamento ser escrito pelo disponente, ou por outra pessoa, ou pelo tabelião, a seu pedido. 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, como também podem ser utilizados por aqueles que estiverem em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante. O disponente deverá testar perante o comandante, 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, com 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[46],

46 Art. 1.893, CC/2002 – § 1º Se o testador pertencer a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda de graduação ou posto inferior. § 2º Se o testador estiver em tratamento em hospital, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde, ou pelo diretor do estabelecimento. § 3º Se o testador for oficial mais graduado, o testamento será escrito por aquele que o substituir.

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.

Ainda que individualmente analisadas, as prefaladas modalidades de testamento guardam em comum a forma escrita – salvo o militar, único que admite feitura 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).

As assinaturas dos testamentos que "certificam" tradicionalmente a manifestação de vontade do testador serão objeto de nossa análise nas próximas linhas.

B) A manifestação de vontade do testador

O testamento, negócio jurídico que é, "requer *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"[47], podendo "ser escrito de próprio punho do testador ou por meios mecânicos".[48]

> *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.[49]

Pela ordem disposta no Código Civil, a primeira forma de testamento ordinário é a pública (art. 1.862, I), a qual guarda como requisito essencial a assinatura do testador, do tabelião e das duas testemunhas.Se o primeiro não puder ou não souber assinar, uma das testemunhas instrumentárias poderá assinar a seu rogo[50] (art. 1.865), o que será declarado pelo tabelião.

O novo Código Civil não exigiu, nessa forma de testamento, a obrigatoriedade de as declarações do testador

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

48 *Ibidem.*

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

50 Leonardo Brandelli ensina que "a possibilidade de utilização da assinatura a rogo aplica-se somente ao testador. As testemunhas [...] deverão ser alfabetizadas e estar possibilitadas assinar, caso contrário, deverão ser substituídas", *in* (*Teoria do Geral do Direito Notarial*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 323).

ser prestadas de viva voz, afastando-se o princípio da oralidade adotado pelo Código de 1916[51], permitindo expressamente a possibilidade de utilização de minutas ou apontamentos pelo disponente. Embora a escrituração do testamento seja ato do tabelião, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1.864, poderá ser "escrito manualmente ou mecanicamente".

É de notar que 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.[52] Apostas as assinaturas logo após a leitura, estará perfectibilizado o ato.

O testamento cerrado ou secreto exige, para que seja válido, 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 mecanicamente.

Os testamentos marítimo e aeronáutico devem seguir a forma pública ou a cerrada (art. 1.888), de sorte que podem ser feitos mecanicamente. O militar também pode ser cerrado (art. 1.894), pois não há distinção entre este e aqueles, nesse particular, quanto às assinaturas daqueles que devem firmar o testamento. 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 em que devem ser observadas as mesmas exigências quanto à assinatura do disponente e das testemunhas, que igualmente deverão assiná-lo.

É relevante notar que ao cego só se permite o testamento público (art. 1.866), não havendo restrições quanto ao inteiramente surdo, que saiba ler (art. 1.866). Ao surdo-mudo, como visto, é possibilitado testar na forma cerrada, contanto que escreva todo o testamento e o assine de sua mão (art. 1.873). O analfabeto e quem não possa ler não podem testar na forma cerrada (art. 1.872).

A possibilidade de utilização do meio mecânico na feitura das disposições de última vontade é traço comum de todas as formas testamentárias,

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

52 GOMES, Orlando. Ob.cit., p. 109.

bem como 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.

Tais formalidades extrínsecas são exigidas para cada qual das espécies testamentárias que representam, todavia não se pode perder de vista que essas cautelas, consideradas indispensáveis a garantir a plenitude do ato nos seus efeitos, não passam de exigências vinculadas a esse fim.[53] "São, em síntese, meios para fins de segurança jurídica"[54], pois, como ensinava Carlos Maximiliano[55], o testamento "começa a vigorar quando a boca do disponente já se fechou para sempre".

Nessa linha, Carlos Maximiliano, no início do século XX, já referia que "a própria ideia de ato de última vontade acha-se, como as demais concepções, subordinada à evolução da coletividade, à cultura contemporânea, no diâmetro da liberdade de dispôr do patrimônio".[56]

Por essas mesmas razões e não se podendo olvidar que o rigor da lei é exatamente para que sejam fielmente cumpridas as disposições de última vontade do falecido, é que Arnaldo Rizzardo também expressou sua preocupação sobre o tema:

> Está a matéria regulada com minúcias tais, especialmente em certas modalidades de testamento, que dificulta a generalização ou a maior prática desta espécie de sucessão. Nos tempos atuais, não se justifica a complexidade de regras e fórmulas sacramentais exigidas para dar em testamento, que foram mantidas pelo vigente Código, quando as legislações tendem a simplificar a manifestação de vontade e os procedimentos judiciais.[57]

Para que as disposições testamentárias tenham eficácia, é necessário que a autoridade judicial determine o seu cumprimento, variando apenas os pressupostos legais para tanto, em conformidade com a *forma do testamento* eleito pelo *de cujus.* Tal exigência trata-se de regras de direito material, mas que se encontram elencadas no Código de Processo Civil[58], em seus artigos 1.125 a 1.134, que dizem com a *abertura, o registro e cumprimento* dos testamentos.

---

53 GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 106.

54 GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 106.

55 MAXIMILIANO, Carlos. Ob. cit., p. 417.

56 *Ibidem*, p. 363.

57 RIZZARDO, Arnaldo. Ob. cit., p. 228.

58 GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 126.

A Lei n. 11.419 de 19 de dezembro de 2006[59] dispôs sobre a informatização do processo judicial, alterando vários dispositivos do Código de Processo Civil, a par de passar a admitir, em seu artigo 1º, o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, na comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Determina no mesmo dispositivo que:

> § 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:
>
> I – meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;
>
> II – transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;
>
> III – assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:
> a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;
> b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

A par disso, os artigos 8º a 13º, dispostos no capítulo III da mesma Lei, disciplinam o processo eletrônico, "prevendo-se o *processo sem papel*, com *autos digitais*[60], em que são considerados originais para todos os efeitos legais os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário" (art. 11, Lei. 11.419/2006).

Nessa ordem de ideias, é certo que estamos diante de um novo tempo, que reclama adaptações, em que o direito material deve consoar com o processual e com o digital, de forma sistemática. Há, modernamente, um novo espaço, o virtual. O sistema jurídico sofre novas leituras. A relação *espace-temps, systéme et Droit*[61] ganha novos coloridos e está em constante

59 A Lei 11.419/2001 está dividida em 04 capítulos, sendo que o primeiro versa sobre a informatização do processo judicial, estabelecendo regras para a criação de um sistema de comunicação eletrônica, sendo que esta, especificamente no que diz com a comunicação dos atos processuais, é tratada no segundo capítulo. O terceiro trata do processo eletrônico e prevê a existência de autos total ou parcialmente digitais. Por fim, a informatização do processo judicial vem normatizada último capítulo.

60 CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial.* Rio de Janeiro : Forense, 2007, p . 49.

61 INTZESSILOGLOU, Nikolaos. *L'espace-temps du système juridique : de la spatio-temporalité systèmique à la spatio-temporalité juridique*. 1997.

movimento graças à nova Revolução Tecnológica[62], que vem alterando as relações humanas, culturais, políticas e econômicas, alcançando a sociedade como um todo.

Acerca da sociedade informática são as nossas próximas considerações.

C) A sociedade informática

As novas tecnologias da informação e da comunicação ensejam uma releitura do direito posto, bem como a necessidade de compreensão e de verificação de novos direitos. Na nova configuração da sociedade, "a informação já não decorre de um domínio especializado, ela tornou-se um recurso estratégico de base para o conjunto da sociedade, o novo centro do sistema socioeconômico".[63]

Como ensina a Professora Gema Botana Garcia: [64]

> Las llamadas nuevas tecnologías de la información incorporan novedades que transforman de forma substancial la economia, las relaciones humanas, la cultura y la politica em nuestra sociedad, lo que permite hablar, incluso, de la primera y más rápida revolución tecnológica global. Esta situación nos lleva a los inicios de una nova era, la de la información y la comunicación, sin precedentes desde ele invento de la imprenta. El progresso teconológico permite processar, almacenar, obtener y comunicar información culaquiera que sea su forma (oral, escrita, o visual) em um modo no limitado por la distancia, el tiempo o el volumen. Puede decir-se, por tanto, que a sociedad de la informción se basa em ele uso generalizado de información de bajo custe, el almacenaje de datos y las tecnologias de transmisión.

No campo das relações humanas, o lazer, *v.g.*, com os jogos eletrônicos, as "conversas" entre as "comunidades" virtuais, as viagens a locais distantes por intermédio do *Google Earth*[65] revelam que o "brincar" não

62 SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Exclusão Digital: a miséria na era da informação.* São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2005, p. 8. O autor refere que a nova revolução tecnológica tem recebido muitas denominações pela doutrina: Revolução das Novas Tecnologias de Informação, Revolução Digital, Revolução Informacional, Era do Acesso, entre outras.

63 HARVEY, Pierre-Léonard. *Ciberespaço e comunáutica. Apropriação, redes, grupos virtuais.* Tradução de Isabel Andrade. *Les Presses de L'Université de Laval, 1995.* Instituto Piaget, p. 16.

64 GARCIA, Botana Gema; CARPIO, Badenas. Comércio electrónico y protección de los consumidores. Madrid: La Ley. 2001. *Noción e comercio electrónico*. p. 5-61.

65 *Google Earth.* Trata-se de um programa de computador em que é possível chegar a qualquer ponto do planeta, com precisão dos países, cidades, bairros e ruas, pela *Internet.*

é o mesmo de outrora, e as crianças aprendem que não podem abrir e-mails de estranhos. A família, agora repersonalizada[66], ganha novos amigos e traições virtuais.[67] O diálogo do grupo familiar diminui entre os próximos, mas há aproximação daqueles que estão, quiçá, do outro lado do mundo.

O ensino é possível a distância, alcançando o saber aos mais remotos pontos do mundo[68], em que as pessoas podem assistir as aulas sem sair de suas casas. E os professores aprendem que educação digital "não é apenas ensinar como usar os aparatos tecnológicos ou fazer efetivo uso da tecnologia no ambiente escolar. Educar é preparar indivíduos adaptáveis e criativos com habilidades que lhes permitam lidar facilmente com a rapidez na fluência das informações e transformações".[69]

Doenças como a LER – lesão por esforço repetitivo – passam a figurar com singular frequência nos diagnósticos médicos. O tempo de trabalho, estudo e lazer em frente a um computador passa a necessitar de uma melhor administração, pena de sérios prejuízos à saúde, que seguramente serão absorvidos pela própria sociedade, por meio da Previdência Social.

Na economia e nas relações de trabalho, a expressão em voga é o

---

66 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Repersonalização das Relações de Família.* Direito de Família Contemporâneo e os Novos Direitos: Estudos em Homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114. Ensina o autor que "a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinados e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização".

67 PINHEIRO, Daniela. *Trair e teclar, é só começar*. "A Internet criou uma nova maneira de ser infiel: começa com mensagens, evolui para confidências, logo entra no reino das fantasias sexuais. Quando menos se espera, o marido ou a mulher já estão teclando sem parar com um desconhecido. Mesmo que nunca se transfira para a vida real, a traição machuca do mesmo jeito". Artigo disponível em: http://veja.abril.com.br/250106/p_076.html. (Acesso em 21 jul. 2008).

68 No Brasil, as bases legais para a modalidade de educação a distância foram estabelecidas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que foi regulamentada pelo Decreto n. 2.494, de 10 de fevereiro de 1998, e o Decreto n. 2.561, de 27 de abril de 1998). Em 3 de abril de 2001, a Resolução n. 1, do Conselho Nacional de Educação, estabeleceu as normas para a pós-graduação *lato* e *stricto sensu.*

69 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital.* 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 303.

"comércio eletrônico[70]" porque não raro as compras diretamente no estabelecimento comercial e o contato físico com o vendedor nem são mais possíveis.[71] O "negócio" é a *Internet*, e o estabelecimento é virtual, onde um "contrato por clique" pode ser firmado em um segundo e trazer o objeto do consumo ao seu destinatário com razoável rapidez e facilidade, sem questionarmos sequer acerca da capacidade do comprador.

Nesse panorama, renovam-se os estudos acerca dos princípios da confiança e da boa-fé, porque agora inseridos em "contexto eletrônico". A má-fé, de outro lado, conduz a condutas criminosas antes impensáveis, que passam a ser positivadas.[72] A sociedade precisa de novas formas de prote-

---

70 SICA, Salvatore. SATANZIONE, Pasquale. *Commercio elettronico e categorie civilistiche*. Milano: Guiffrè Editore, 2002, p. 3. "Il tema del commercio elettronico ha perso i connotati che sino a qualche tempo fa parevano caratterizzarlo; infatti, dopo l'iliziale 'sorpresa' dei giuristi rispetto alla novità che il fenomeno di Internet presentava, l'argomento ha preso progressivamente piede, facendo segnare una singolare parabola: da materia per 'addetti ai lavori' ad oggetto de amplia divulgacione. Anzi forse, occorre prendere atto che il commercio elettronico, nelle sua molteplici implicazioni, risulta oggi interessato da uma vera e propria, si passi l'espressione, *alluvionne informativa*".

71 O Estudo sobre Comércio Eletrônico da TIC Domicílios (2007) apontou que: • Quase a metade das pessoas que já utilizaram a Internet declarou ter realizado pesquisas de preço de produtos ou serviços pela rede (45%) nos últimos 12 meses, demonstrando que a internet já se consolidou como ferramenta para comparação de custos. • A proporção de usuários de comércio eletrônico permaneceu estável entre 2006 e 2007, passando de 11% para os atuais 13%. • A prática do comércio eletrônico cresceu entre indivíduos de maior poder aquisitivo. Na classe A, a proporção de pessoas que realizou compras pela rede passou de 36%, em 2006, para expressivos 52%, em 2007. • Manteve-se estável o uso do comércio eletrônico entre indivíduos de classe C (8%), na qual se encontra o maior número de pessoas que já usaram a Internet. Isso indica que o varejo pela rede só deslanchará quando esses internautas passarem a consumir bens e serviços por meio da Internet. • Os produtos mais populares entre os internautas que realizaram compras pela Internet em 2007 foram os equipamentos eletrônicos, como câmeras, telefones celulares e aparelhos de DVD, adquiridos por 41% dos adeptos do comércio eletrônico. Em segundo lugar, ficaram os eletrodomésticos e produtos para a casa (27%), que em 2006 representavam o quinto produto mais consumido pela rede. Disponível em: http://www.cetic.br/usuarios/tic/2007/destaques-comercio-eletronico-tic-2007.pdf. Acesso em 16 jul. 2008.

72 Os novos tipos penais "informáticos" previstos nos artigos 313-A e 313-B do Código Penal brasileiro, acrescentados pela Lei n. 9.983/2000, são um exemplo disso.

ção aos *cibercrimes*, e os criminosos já não poderão ir muito longe, porque passíveis de serem rastreados eletronicamente.[73]

O Programa de Governo Eletrônico[74] ressalta que a Administração Pública deve ser uma vez transparente, célere e eficaz, pelo que as compras por meio eletrônico por meio da modalidade licitatória pregão já fazem parte do ordenamento jurídico.[75] O exercício da democracia é pelo voto eletrônico[76], e o Fisco[77] alcança a situação econômica dos contribuintes por meio da declaração de imposto de renda pela rede mundial de computadores.

No contexto eletrônico, diz-se que estamos diante de uma "Reforma do Estado". A intensificação do uso de soluções de governo eletrônico pela Administração Pública, sob o

---

73 O Projeto de Lei n. 1.288/2007 prevê a vigilância com uso de equipamento de rastreamento eletrônico do condenado em regime aberto.

74 "...O que se pretende com o Programa de Governo Eletrônico brasileiro é a transformação das relações do Governo com os cidadãos, empresas e também entre os órgãos do próprio governo de forma a aprimorar a qualidade dos serviços prestados; promover a interação com empresas e indústrias; e fortalecer a participação cidadã por meio do acesso a informação e a uma administração mais eficiente", com o uso das novas tecnologias da informação e da comunicação. Disponível em: http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br. Acesso em: 19 jul. 2008).

75 A Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, "utilizando-se recursos de tecnologia da informação", enquanto o Decreto 3.697, de 21 de dezembro de 2000 regulamenta o denominado "pregão eletrônico".

76 A Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabelece o sistema eletrônico de votação e da totalidade dos votos (arts. 59 a 62). Sobre o tema, Francisco de Assis Sanseverino (*Direito Eleitoral*. Porto Alegre, 2008, p. 75) anota que "a implantação do sistema eletrônico no Brasil deve ser analisada na perspectiva histórica do sistema eleitoral brasileiro no sentido de efetivar o princípio da 'verdade eleitoral'".

77 O Decreto n. 6.022, de 22 de janeiro de 2007, instituiu que o "projeto do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped) faz parte do Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal (PAC 2007-2010) e constitui-se em mais um avanço na informatização da relação entre o fisco e os contribuintes. De modo geral, consiste na modernização da sistemática atual do cumprimento das obrigações acessórias, transmitidas pelos contribuintes às administrações tributárias e aos órgãos fiscalizadores, utilizando-se da certificação digital para fins de assinatura dos documentos eletrônicos, garantindo assim a validade jurídica dos mesmos apenas na sua forma digital". Disponível em: http://www1.receita.fazenda.gov.br/Sped. Acesso em: 21 jul. 2008.

enfoque jurídico, foi objeto de análise do professor Cesar Santolin:[78]

> A intensificação no uso das Tecnologias da Informação (TI) pelo setor público encontra adequada contextualização neste ambiente de "reformar" o Estado [...] evidenciando o liame existente entre as concepções de reestruturação do setor público e o incremento no uso das tecnologias da informação.

Todo esse "caldo tecnológico" precisa de rápida resposta estatal, para o que a Lei n. 11.419 de 19, de dezembro de 2006, como referido, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a informatização do processo judicial, buscando franca adequação às novas exigências sociais.

Acerca do tema, com propriedade, anota o professor Pedro A. Munar Bernat:[79]

> La revolución vivida em el sector de lãs nuevas tecnologias informáticas y de telecomunicacionais há llevado al surgimentos de um nuevo fenômeno que se já venido em denominar "sociedade de La información" y en el que todos nos hallamos inmersos. Uno de sus pirlares há sido el avance en la teconologia que ha permitido la digitalización de la información, lo que possibilita ele almacenamiento de uma gran cantidade y sua desplazimiento em pocos segundos.

Disso decorrem inúmeras outras áreas atingidas pela rede/net, e a informática avança no plano das relações jurídicas públicas e privadas – se é que ainda se pode dizer dessa dicotomia –, em que os documentos são firmados eletronicamente[80] e a assinatura digital é equiparada à assinatura manuscrita, de próprio punho[81], o que será objeto de nossa análise nas próximas linhas.

A ASSINATURA DIGITAL

Como decorrência da evolução da sociedade e do alcance às novas tecnologias da informação e da comunicação, utilizar-se da forma manus-

78 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.

79 BERNAT, Pedro A. Munar Bernat. *Protección de datos en el comercio electrónico*. Colección Biblioteca de Derecho de los Negócios.

80 A Medida provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil. Transforma o Instituto de Tecnologia da Informação em autarquia e dá outras providências.

81 MENKE, Fabiano. *Assinatura eletrônica no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2005, p. 140.

crita vem perdendo espaço. As cartas foram substituídas pelos e-mails, de sorte que a *Internet* restou afastando a necessidade de utilização do suporte de papel para tanto, atendendo inclusive reclamos ambientais. As caligrafias dos interlocutores, não raro, nem são mais conhecidas entre uns e outros, como acontecia ainda no começo deste século.

Nessa linha, como adverte Fabiano Menke[82] "agora se vive a realidade de, senão de deixar de utilizar totalmente, pelo menos por ter de diminuir bastante a necessidade de utilização das assinaturas manuscritas. E isto de deve justamente ao desenvolvimento da criptografia assimétrica, e, com ela, a criação das assinaturas digitais".

Para que se entendam os conceitos de assinatura digital e certificação digital é necessária a compreensão do que é conceitualmente criptografia, que consoante a lição de Maria Helena Diniz[83], é "a arte de escrever por meio de códigos ou sinais convencionais", bem como se trata de "programa que possibilita o acesso à Internet".

Há dois tipos de criptografia, a simétrica e assimétrica.[84] A primeira guarda registros que remontam às guerras helênicas, na Mesopotâmia e no Egito, estando relacionada aos segredos militares.[85] Nesta havia a necessidade de que os interlocutores conhecessem previamente o significado dos sinais enviados, que seriam substituídos para decifração da mensagem, de sorte que o código de cifração e de decifração era por ambos conhecidos. A segurança e a praticidade, nessa forma de chaves, restam, todavia, comprometidas no ambiente digital. A criptografia assimétrica[86],

82 MENKE, Fabiano. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30.

83 DINIZ, Maria Helena, *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 954.

84 PINHEIRO, Patrícia Peck. Ob. cit., p. 172: "A criptografia é ferramenta de codificação usada para envio de mensagens seguras em redes eletrônicas. É muito utilizada no sistema bancário e financeiro. Na Internet, a tecnologia de criptografia utiliza o formado assimétrico, ou seja, codifica as informações utilizando dois códigos, chamados de chaves, sendo uma pública e outra privada para decodificação, que representam a assinatura eletrônica do documento. Como os números das chaves têm até 2000 algarismos e são produto de complexas operações matemáticas, que permitem trilhões de combinações, os especialistas afirmam que quebrar o sigilo de tal equação é praticamente impossível. A assinatura eletrônica é portanto uma chave privada, ou seja, um código pessoal e irreproduzível que evita os riscos de fraude e falsificação. Para o Direito Digital, uma chave criptográfica significa que o conteúdo transmitido só pode ser lido pelo receptor que possua a mesma chave".

85 MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 44.

por sua vez, trata-se de técnica para garantia do sigilo e segurança no ambiente digital e consiste em uma utilização de duas chaves, uma pública e outra privada. A chave privada é de uso e domínio do titular da chave da assinatura a ser manejada por meio de um cartão inteligente, que necessita de uma leitora para processamento dos dados nele constantes e pode ser inserida nos teclados dos computadores. A chave pública pode ser divulgada amplamente, sendo certo que ambas as chaves públicas e privadas atuam conjuntamente, uma completando a outra. Assim, o remetente *assina* sua mensagem utilizando sua chave privada, que será recebida pelo destinatário, que utilizará a chave pública, verificando o reconhecimento da origem do ato.

Mas para conferir maior segurança às comunicações virtuais, em tese, até mais seguras do que as do mundo real, já que a possibilidade de ter uma assinatura manuscrita falsificada é maior[87], faz-se necessário a agregação de um outro elemento, um terceiro de confiança de ambas as partes, que confira certeza ao destinatário de que quem assinou digitalmente o documento é efetivamente quem se diz ser.[88] Trata-se dos certificados digitais.

A existência dos certificados digitais é indispensável à garantia da correspondência entre a chave pública e o titular desta. Na lição de Massimiliano Della Torre[89], "i certificati, in buona sostanza, sono documenti elettronici (files) che contengono informazioni <garantite> circa il titolare della chiave. Esse si dintiguono in *elettronici* e *qualificati,* a seconda e del contenuto del certificato e delle qualitá del certificatore". São estruturas de dados sob a forma eletrônica, firmadas digitalmente por uma terceira parte confiável que confere os atributos de uma pessoa a uma chave pública,[90] que houve identificar anterior e fisicamente o signatário digital, mediante a apresentação dos docu-

86 MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 46. O autor ensina que "a criptografia assimétrica ou chave pública, por seu turno, foi desenvolvida recentemente, a partir de estudos nos anos 70 pelos pesquisadores norte-americanos Whitfledt Diffie, Martin Hellman e Ralph Merkle, considerados inventores dos conceitos de criptografia de chave pública".

87 PINHEIRO, Patrícia Peck. Ob. cit., p. 172.

88 MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 48.

89 TORRE, Massimiliano Della. *Diritto e Informatica.* Milano: Dott. A. Gurffrè Editore, 2007, p. 83.

90 MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 49. "O fornecimento de um certificado digital é um serviços semelhante ao de identificação para a expedição de uma carteira de identidade, só que o certificado é emitido com prazo de validade determinado. O interessado é identificado mediante a sua presença física pelo terceiro de sua confiança – com a apresentação de documentos necessários – e este lhe emite o certificado digital".

mentos pessoais deste, podendo ser titulares de certificados digitais tanto pessoas físicas quanto jurídicas.

A assinatura digital é, assim, espécie de assinatura eletrônica e se trata de instrumento apto a contornar a insegurança do ambiente virtual[91], o que, no direito brasileiro, veio materializado pelo advento da Medida Provisória n. 2.200-2 de 24 de agosto de 2001, que criou a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, que estabelece a infraestrutura técnico e administrativa dos agentes que regularão e fornecerão os certificados digitais, bem como "sobre os efeitos jurídicos produzidos por uma declaração de vontade assinada digitalmente com certificado emitido no âmbito da ICP-Brasil, e sobre os efeitos jurídicos emanados de outros meios de comprovação de autoria".[92]

Merece destaque o disposto no artigo 10 da Medida Provisória em comento, que dispõe que "Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória", enquanto o parágrafo primeiro estabelece que "As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos seus signatários, na forma do art. 131 da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916".[93]

A simples leitura dos precitados dispositivos legais enseja a conclusão de que a autoria dos documentos eletrônicos, assinados digitalmente a partir de chave privada associada à chave pública inserida em certificado digital[94] obtido no âmbito da ICP-Brasil, será equiparada à assinatura manuscrita, lançada de próprio punho.[95]

Essa situação traz à tona a regra da equivalência funcional[96], pois "a assinatura eletrônica, e mais concretamente a assinatura digital, possibilita efei-

91 MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 36.

92 *Ibidem*, p. 99.

93 O art. 219 do Código Civil de 2002 guarda idêntica redação do disposto no art. 131 do Código Civil de 1916: "As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários", de sorte que as disposições da MP 2.200-2 permanecem inalteradas.

94 A Receita Federal é exemplo de Autoridade Certificadora. Sobre o tema e como obter um certificado digital, consultar: http://www.receita.fazenda.gov.br. Acesso em: 21 jul. 2008.

95 É a exata conclusão de Eduardo Menke, após análise doutrinária acerca do disposto no art. 131 do Código Civil, entre outros aspectos. Ob. cit., p. 136/141.

96 MENKE, Fabiano. Ob.cit.,p. 141.

tos, senão iguais, até mesmo superiores aos de uma assinatura manuscrita, uma vez que pode proporcional integridade, autenticidade e não repúdio".[97]

A certificação das declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificado pela ICP-Brasil, todavia, em nada se confunde com a atividade notarial[98], mas é certo que os cartórios da atualidade podem oferecer serviços de certificação digital. A par disso, é relevante destacar que, no Brasil, já se verifica a existência de cartórios virtuais.

O TABELIONATO VIRTUAL

Dentre os atos e fatos da vida civil, há aqueles que prescindem de registro; outros, mesmo envolvendo interesses de pessoas determinadas, porque repercutem na vida de um indeterminado número de pessoas, necessitam da intervenção de pública, dada a importância que lhes é conferida pelo legislador.[99]

Nessa linha, a atividade notarial, que consiste precisamente na "administração pública dos interesses privados"[100], foi regulamentada pela Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que, em seu artigo 1º, estabelece que "serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos", a par de prescrever que aos tabeliães de notas compete, com exclusividade, nos termos do art. 7º, "lavrar escrituras e procurações públicas; lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados, lavrar atas notariais, reconhecer firmas e autenticar cópias".

A função notarial, diz Leonardo Brandelli[101], citando Pedro Ávila Alvarez, "resume-se na autorização do instrumento público, porém complementada por uma série de atos [...], consiste em receber ou indagar a vontade das partes; assessorá-las como técnico e com isso dar forma jurídica à vontade delas; redigir o escrito que se converterá em instrumento público; autorizar o instrumento público, dando-lhe forma pública e credibilidade; conservar o instrumento autorizado; expedir cópias do instrumento".

Tais atividades, em sua essência, não se identificam com a certifi-

97 NADAL, Martinez, *apud* MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 141.

98 MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 115-116.

99 Nesse sentido, SWENSSON, Walter Cruz (*et al*.). Leis *de Registros Públicos Anotada*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 1.

100 SWENSSON, Walter Cruz (*et al*.). Ob. cit., p. 1.

101 BRANDELLI, Leonardo. Ob. cit., p. 119-120.

cação digital, como referiu Fabiano Menke[102], mas não se pode olvidar que, atendidos os termos da Medida Provisória n. 2.200-2, poderão também os cartórios oferecer serviços virtuais.

Exemplo disso, e real, é o cartório virtual[103], que adaptado às condições antes referidas, pode também oferecer certidões digitais[104], o que, seguramente, aponta o "caminho eletrônico" que será trilhado pelos tabelionatos de notas.

Essa situação permite-nos ponderar se também os atos revestidos de solenidade, como o são os testamentos, poderão ser lavrados por meio eletrônico, atendendo aos preceitos legais e à segurança jurídica, tendo em conta que as assinaturas digitais e manuscritas guardam identidade funcional, além de haver previsão legal de formação de autos digitais, sem papel.

Para tanto, ilustramos as seguintes hipóteses:

Em se tratando de testamento público, supondo-se que, enviada eletronicamente a minuta do testamento[105], poderia o tabelião lavrá-lo digitalmente, o que, aliás, já vem sendo feito. O testamento poderia, então, ser assinado digitalmente pelo testador e, da mesma forma, pelas testemunhas instrumentárias, bem como pelo tabelião. Tudo com a devida certificação digital, a fim de resguardar a autenticidade de todos os envolvidos da realização do ato.

A necessária leitura do testamento em voz alta pelo tabelião ao testador

---

102 MENKE, Fabiano. Ob. cit., p. 114.

103 Exemplo no Brasil de Cartório virtual pode ser encontrado no site http://www.cartorio24horas.com.br/index.php. "O Cartório 24 Horas objetiva disponibilizar à sociedade o serviço de solicitação de certidões através da Internet a TODOS OS CARTÓRIOS INTEGRANTES DA REDE BRASILEIRA DE CARTÓRIOS, permitindo ao cidadão ou empresa receber suas certidões, de qualquer natureza ou cidade brasileira, no endereço indicado, inclusive no EXTERIOR, com total comodidade, rapidez, segurança e com ótima relação custo x benefício". Acesso em: 18 jul. 2008.

104 "Trata-se da possibilidade de uma Certidão ser emitida e assinada eletronicamente pelo Cartório, por meio de um 'Certificado Digital' do mesmo. A Certidão terá a mesma validade jurídica, desde que mantida em arquivo eletrônico (a parte requerente da certidão deve aceitá-la em meio eletrônico)". Regulamentação: Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.cartorio24horas.com.br/index.php. Acesso em: 20 jul. 2008.

105 Veja-se que o parágrafo único do artigo 1.864 do Código Civil de 2002 estabelece que "O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livros de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma".

e às testemunhas poderia, ademais, ocorrer também virtualmente, por meio de videoconferência[106], o que satisfaria o requisito do inciso II do art. 1.864 do Código Civil, bem como da unidade do ato.

Nesse ponto, é de destacar que o precitado dispositivo legal reclama apenas que o testamento seja lido pelo tabelião na presença do testador e das testemunhas, mas não há nenhuma referência no sentido de que essa "presença" seja física. Tal verificação, ante as novas tecnologias da comunicação e da informação, encontra razão de ser, pois o significado de "pessoa presente" deve agora ser contextualizado, tal como faculta o disposto no art. 428, I, do Código Civil de 2002, que considera presente a pessoa que contrata por telefone "ou por outro meio de comunicação semelhante".[107]

O testamento cerrado, ao seu turno, observado o regramento do art. 1.868 do Código Civil, poderia contar com o auto de aprovação digital, já que o documento, a rigor, também poderia ser enviado eletronicamente ao tabelião.

O testamento particular, com muito mais razão, poderia ser perfeitamente adaptado ao meio digital, não merecendo maiores considerações, desde que a assinatura do disponente tenha sido também certificada pelo sistema de chaves da ICP-Brasil.

Ainda, algumas pessoas em condições especiais, quiçá, poderiam ser beneficiadas pelo modo eletrônico de testar, observadas as condições de acessibilidade a tanto. Exemplo disso é o surdo-mudo, que poderia utilizar o meio digital para satisfazer a regra do art. 1.873 do Código Civil.

O arquivo eletrônico em cartório virtual já se faz possível, pelo que a feitura dos atos solenes, e com o devido resguardo da efetiva declaração de vontade das partes, já faz parte da realidade cartorária brasileira.

CONCLUSÃO

O direito digital, ainda em desenvolvimento, merece especial atenção entre os demais ramos do Direito, em que o público e o privado acom-

106 A Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009, dispôs sobre a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.

107 Acerca do tema, Paulo Lôbo (*Direito Civil. Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94) ensina que "a oferta por meio eletrônico também vincula e deve ser tida como entre presentes, embora o Código Civil a ela não tenha aludido. A mensagem eletrônica (e-mail) é meio semelhante à comunicação telefônica, para fins de oferta, quando se comprova a instantaneidade do envio e do recebimento [...]".

panham a evolução da sociedade, sofrendo proporcionais e constantes modificações.

Assim, se a sociedade muda, também o direito deve mudar[108], porque, a rigor, este espelha aquela. E a questão que se coloca aqui é se o direito sucessório e o instrumental direito notarial deve mesmo mudar, atendendo à influência do direito digital, ou se apenas se faz necessário que essas fontes dialoguem entre si[109], na busca das satisfações sociais pós-modernas.

Nesse contexto, o presente estudo busca questionar se as solenidades e formalidades, características do testamento, estariam respeitadas no meio virtual, pois, em suas exigências extrínsecas, é seguro afirmar que as assinaturas manuscritas e digitais guardam identidade funcional.

A par disso, a existência de *autos digitais,* sem a utilização de papel, passa a ser uma meta da Lei do processo eletrônico. Para que os testamentos tenham eficácia, é necessário que sejam abertos, confirmados e registrados judicialmente, de sorte que utilização do processo eletrônico para tanto pode ser entendida como uma exigência legal.

É certo, nesse contexto, que não se deve temer a possibilidade de falsidades documentais, que sempre existiram na história, mas que a ordem jurídica dispõe de instrumentos capazes de solucioná-las. A própria lei da informatização do processo judicial prevê que "a arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor"[110].

REFERÊNCIAS

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

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 9, n. 33, p. 123-129, jan. mar. de 2000.

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

BONFANTE, Pietro. *Instituzioni di Diritto Romano.* Torino: G. Giappichelli Editore, 1957.

CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do*

108 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

109 MARQUES, Claudia Lima.

110 Art. 11, § 2º, Lei n. 11.419/2006.

Processo Judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga.* Trad. de Fernando Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 6º volume: 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.

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.

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

GARCIA, Botana Gema. CARPIO, Badenas. *Comércio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La Ley. 2001. *Noción e comercio electrónico*, p. 5-61.

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

GOMES, Orlando. *Sucessões.* 14. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com 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.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Contratos.* São Paulo: Saraiva, 2011.

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

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. *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 digital. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINHEIRO, Daniela. *Trair e teclar, é só começar.* Disponível em: <http://veja.abril.com.br/250106/p_076.html> Acesso em: 21 jul. 2008.

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 Infrmática 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.

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*. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. 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.

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

AS CONTRIBUIÇÕES DA CANONÍSTICA ÀS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS ESTATAIS

Carlos Silveira Noronha[1]

A igreja é uma sociedade fundada na ordem sobrenatural, constituída por uma comunidade universal de seres humanos que a ela se incorporam pelo sacramento do batismo, passando a formar, a partir daí, o chamado povo de Deus. Dotada, no plano humano, de estrutura semelhante à do Estado, embora com este não se identifique, no plano espiritual possui a Igreja o poder de instituir as suas próprias leis para definir o comportamento, os direitos e os deveres da comunidade cristã que a compõe. No inter-relacionamento com outras entidades internacionais, toma a forma estatal e é representada pelo Estado do Vaticano.

Duplo papel exerce a Igreja: o de instituição divina e sobrenatural, como criação do próprio Deus para cumprir os seus desígnios; e como entidade terrena, temporal e profana emergente da própria contingencialidade social e humana do homem no concerto do universo. Embora o aparente antagonismo entre os dois papéis, no exercício da função divina, de ordem sobrenatural, e no desempenho da ação humana, na ordem terrena, na realidade, ambas não se repelem, antes se integram e se completam.

Assim, no seu ofício divino, a Igreja conclama toda a comunidade humana que vive sobre a terra para vir integrar-se à sua grei, pelo ato sacramental do batismo, e a participar da sua vida sobrenatural sob o amparo de uma direção espiritual, voltada para os destinos eternos por Deus reservados ao homem. Na ordem ter-

1 Professor titular de Direito Civil no Curso de Pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da UFRGS e no Curso de Direito, da graduação, nas Faculdades Integradas São Judas Tadeu, de Porto Alegre; Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

rena, projeta-se a Igreja como ente integrante da comunidade universal, dirigida à proteção dos seus fiéis e à convivência com outras entidades.

E para o desempenho desses papéis, que são de natureza complexa, vem a Igreja, desde o estágio inicial da cristandade, editando o seu próprio sistema normativo, fazendo-o por intermédio das Epístolas dos Apóstolos e promulgações de éditos pelas mais altas dignidades da hierarquia eclesiástica[2], para cumprir a missão de ensinar, santificar e reger os destinos do seu povo, o que na atualidade segue os ditames traçados pelo Concílio Vaticano II[3].

Assim, diante da postura assumida pela canonística, especialmente a partir da antiguidade clássica, na convivência mantida com as instituições romanas, há que entender-se as razões em que se fundam os historiadores modernos para afirmar que o direito europeu continental deita suas raízes no sistema romano-canônico[4].

A projeção desses expedientes históricos manifestados pela via canonística, que vêm sendo arquitetados e edificados pela Igreja para disciplinar seus próprios desígnios, tem trazido, já pela sua anterioridade histórica, notórias contribuições à ordem jurídica estatal, tanto no campo da jurisdição quanto na esfera do direito processual e do direito material.

Das contribuições da canonística no campo da jurisdição e do processo estatais

No campo da jurisdição, em realidade, as instituições canônicas projetadas no mais remoto andar dos tempos, consubstanciadas em editos das mais altas dignidades da hierarquia eclesiástica, têm trazido significativas contribuições para a concepção moderna da jurisdição estatal. A primeira e multimilenar dessas contribuições reside no relato bíblico, como consta no Evangelho de São Matheus, ao recepcionar a máxima divina, segundo a qual: "Tudo o que ligares na terra, será também ligado no céu e tudo o que desligares na terra será igualmente desligado no céu", demonstrando aí a delegação do poder divino àquele que desse mesmo poder estiver investido.

---

2 BICHMANN, Eduárdo. *El Derecho Procesal según el Código de Derecho Canónico*. Libreria Bosch Barcelona, 1931, p. 1-2.

3 AZNAR, Frederico. *Código de Derecho Canónico*. Ed. Bilíngue comentada, Cânon,129. Madrid: Ed. BAC, 1985, p. 104.

4 MARRYMANN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Trad. esp. de Carlos Sierra. México: Fundo de Cultura, 1971, p. 29.

Desse modo, há que se admitir que o poder judicial da Igreja foi imediatamente exercido pelos Apóstolos, na qualidade de representantes de Cristo, o que significa, consequentemente, entender-se que nesta proclamação divina reside o primeiro laivo ou gérmen exemplificativo de que também na jurisdição estatal ao juiz é atribuído o poder jurisdicional de atuar como representante do poder do Estado.

Mas é no campo do processo que a canonística vem se projetando mais sistemática e continuadamente, desde os primeiros tempos da cristandade, como se verá a seguir. A princípio, o poder judicial da Igreja, como se viu, foi imediatamente exercido pelos Apóstolos, no Século I d.C., e estes, devido ao diminuto número de fiéis na época e à perseguição dos Imperadores romanos, reuniam-se escondidos nas catacumbas, na qualidade de Discípulos diretos de Cristo, sendo posteriormente substituídos pelos bispos. O primeiro órgão judiciário, na esfera canônica, foi a *episcopalis audientia*, ou tribunal do bispo, o foro judiciário de que se valiam as autoridades eclesiásticas para julgar as causas dos fiéis, exercendo-as publicamente só a partir da legislação de Constantino (306-337)[5].

Posteriormente, o tribunal episcopal experimentou algumas restrições impostas pela legislação imperial, sendo proscrito entre 361 e 363 por Juliano, o apóstata, e restaurado por Joviano em 364. Continuou a enfrentar restrições até uma constituição de 17 de maio de 376, dos imperadores Valente Graciano e Valentiniano. Pelas Novelas 79 e 86 de Justiniano (527-565), do ano 539 d.C., e pela Novela 123 do mesmo imperador, no ano 541, foi a jurisdição episcopal sobremodo ampliada, repristinando-se, inclusive, a proibição de submeter os bispos à jurisdição civil, precedente que vinha desde a constituição de 355, de Constancio é Constante (Cód. Th. 16, 2, 12)[6].

Com a decadência do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., no episódio da vitória de Odoacro, rei Godo, sobre Romulo Augustolo, então rei Romano, e a consequente invasão dos bárbaros, a Igreja, por sua aversão à crueldade dos juízos de Deus, peculiares ao antigo processo dos germânicos, enfrentou muitas dificuldades. Essas perduraram por mais de três séculos, enquanto os dominadores se manti-

5 ARIAS, José V. Salazar. *Dogmas y Cânones de La Iglesia em El Derecho Romano*. Madri: Instituto Editorial Réus, 1954, p. 299-304.

6 ARIAS, José V. Salazar, ob. cit., p. 328-329.

nham hostis aos princípios e dogmas do cristianismo romano.

Mas, ao ano 800 da era cristã, o Papa Leão III coroou imperador a Carlos Magno, rei dos Francos, ocorrendo, assim, a *translatio imperii*, antes sob o poder de Bizâncio, consumando-se nesse ato a *renovatio imperii*, que daria origem ao que algum tempo depois chamou-se "Sacro Império". Restabeleceu-se o poder eclesial perante a autoridade profana, diga-se romana, e já no ano seguinte, em 801, o rei Franco julgava uma causa em favor do bispo de Siena[7].

Notadamente durante todo o período imperial romano, verificou-se uma duplicidade de jurisdições entre a Igreja e o Império, ambas independentes e exercidas com poder que provinha de Deus, às vezes compartilhada entre o poder divino e o poder estatal. De um lado, a *auctoritas sacrata pontificium*, que emanava do poder papal, com a função de cuidar das coisas espirituais; de outro, a *regalis potestas*, emergente do poder real, para cuidar das coisas materiais. Assim, no plano espiritual, o Imperador subordinava-se ao Papa, enquanto que no terreno das coisas temporais, devia o Papa obediência ao Rei[8].

Embora não se possa ignorar as dificuldades iniciais do direito da Igreja na época do Principado, não foram poucas as oportunidades em que o direito e os tribunais canônicos foram estendidos aos leigos. E isso se deveu não só à natureza de direito público, transcendente ao interesse individual, reconhecida ao direito canônico, mas também em razão de revelar-se a atuação da Igreja de caráter transcultural e transnacional, de modo que a eficácia de suas leis, cânones e procedimentos devia estender-se a todos os povos do universo. Desse modo – como observa recente doutrina canônica – do complexo de misteres eclesiais, sobressaia-se o aspecto *Ecclesia iuris*, que colimava a união de todos os homens pela graça divina, conforme atualmente proclama o Concílio Vaticano II.[9]

Ainda um outro resultado da militância ultramilenar conjunta entre o *ius romanum* e o *ius canonicum* é a existência no direito moderno de uma plêiade de institutos que têm origem no direito canônico, tais como: os da citação; da conciliação; da assistência judiciária gratuita; da *querella militatis;* da instituição do processo sumário pelas *Clementinae Saepens*

7 SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. Ob. cit., p. 130. Sobre as relações da Igreja com o Imperador Carlos Magno, ver Salvioli, Ob. cit ., p. 49-50 e 56-57.

8 SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. Ob. cit ., p. 120-131.

9 ANTA, Marcelino Cabreros de. *Iglesia y Derecho*, Hoy. Pamplona: Ed. Universidad de Navarra, 1975, p. 93-104.

de 1306, do Papa Clemente V (1305-1314); e muitos outros que hoje são adotados pelo processo dos nossos dias. O próprio instituto da jurisdição teria sua remota origem no evangelho de São Matheus, como mencionado anteriormente.

Acresça-se a esses fatores a posição da doutrina canônica espe-cializada que considera a norma canônica vocacionada a uma função instrumental, não como fim em si mesma, mas como meio e um dos meios de que se vale a Igreja para chegar aos seus fins[10].

Nessa perspectiva, não é de estranhar-se a interação que no transcurso dos tempos vem se verificando entre o Direito Romano e o sistema canônico na prática dos tribunais leigos e na dos tribunais eclesiásticos. Essa conjugação de caminhos e objetivos contribuiu para fornecer os fundamentos do *direito comum ou utrumque ius*, fruto dos estudos de Bolonha que ensejaram o renascimento do Direito Romano justiniâneo e para os quais contaram os glosadores com a contribuição estreita dos canonistas no sentido de promover, ao lado da reforma do *ius civile*, a renovação do *lus canonicum*. Assim, os princípios comuns do Direito Romano e do Direito Canônico, modelados também pelos influxos do antigo Direito Germânico, vão produzir, pela exegese dos glosadores e interpretação dos comentadores, um *processo misto* ou *comum* a ser aplicado genericamente sempre que não se tornar-se incompatível com as leis locais e que se chamou, também, *processo romano-canónico*.

Esse processo misto, como *ius novum*, resultante de uma comistão do direito justiniâneo com o direito da Igreja, foi, em momento ulterior, admitido pela maioria dos ordenamentos europeus, estendendo-se ainda à América Latina em razão dos descobrimentos de ultramar desenvolvidos por espanhóis e portugueses.

Da postura canonista em época pré-graciânica

Costuma-se denominar época pré-graciânica, na história do Direito Canônico, o período ultramilenar que transcorreu entre o início da era cristã e o *Decreto de Graciano* (em 1140), quando a Igreja Católica, com base nas catacumbas de Roma e por meio de Concílios, Encíclicas papais e compilações privadas, completa o período de formação do seu Direito, pois as fontes mais remotas da ciência canônica retroagem às Sagradas Escrituras, compostas do Velho e do Novo Testamento. As primeiras continham preceitos cerimoniais sobre o culto, preceitos judiciais sobre a vida do povo de Isra-

10 BOCCA, Fernando Della. *Instituciones de Derecho Procesal Canônico*, n. 1, p. 13. CIPROTTI, Pio. *Lezioni di Diritto Canônico*, n. 43, p. 56-57. Padova: CEDAM , 1943.

el como sociedade e preceitos morais que foram confirmados por Cristo. As segundas contêm os preceitos firmados por Cristo legislador, classificados em preceitos de direito divino, referentes ao Evangelho, preceitos de direito divino-apostólico, pertinentes à organização clerical, e preceitos de direito apostólico emanados das práticas evangélicas realizadas pelos Apóstolos, em contato com o Clero.

Como registram os historiadores canônicos, em sua fase inicial, a chamada Igreja primitiva, entre os Séculos I e III, preocupava-se mais propriamente com a cultura da alma, passando a dedicar-se à parte profana ou laica só a partir dos séculos seguintes[11].

Segundo Salazar Arias, porém, a legislação canônica, contando inclusive com normas processuais relativas a *episcopalis audientia*, teria iniciado já no primeiro século, quando o Papa Cleto (76-88) proibiu os cristãos de procurar os tribunais leigos, devendo dirigir-se aos tribunais eclesiásticos de sua própria província. As regras processuais necessárias à disciplina dos tribunais episcopais teriam sido pouco a pouco editadas pelos Romanos Pontífices, em complemento à legislação divino-apostólica já existente, permitindo assim um desenvolvimento uniforme dos ditos tribunais.

Provavelmente, as dificuldades em identificar esse tribunal eclesiástico nos primeiros tempos tenha ocorrido devido ao fato de que o vocábulo *"audientia"* não se incluía na denominação do tribunal, que se chamava *judicis cognitio publica*. Era, pois, a palavra *audientia* substituída por *judicium*.

Assim, quando Constantino expediu o édito de Milão, no ano 313 d.C. convertendo-se ao cristianismo e dando à Igreja a paz de que não havia anteriormente gozado, a *episcopalis audientia* se desenvolvia até então ocultamente, como tribunal exclusivamente da Igreja. Quando pela constituição do ano de 318 o mesmo Imperador transformou o tribunal eclesiástico em instituição pública e o reconheceu não só pelo Direito Canônico como também pelo Direito Romano[12], operou-se profunda transformação na jurisprudência eclesiástica. Assim, três consequências importantes ocorreram: primeira, era esta estendida às causas civis, sempre que o interessado optasse pelo tribunal do bispo, ainda que o pedido fosse só de uma das partes; segunda, restava excluída a jurisdição estatal para as causas eclesiásticas, ainda que a parte a

11 GARCIA, Antonio Garcia y. *História Del Derecho Canônico – El Primer Milênio*, Selemanca, 1967, p. 33-43.

12 ARIAS, José V. Salazar. *Dogmas y Cânones de La Iglesia em El Derecho Romano*. Madri: Instituto Editorial Réus, 1954, p. 121-124, 299-306, 128-129, 35-318, 130, 321-322.

postulasse; terceira, a decisão eclesiástica tornou-se inapelável[13].

Justiniano, que reinou de 525 a 565 d.C., legislou copiosamente sobre a jurisdição eclesiástica por constituições contidas principalmente no Código e nas Novelas, estabelecendo um perfeito equilíbrio entre a jurisdição canônica e a imperial romana e sustentando o princípio de colaboração entre as duas potestades, que já vinha desde a época de Constantino. Tudo isso se operava pelos fenômenos da recepção, pelo direito imperial, das leis e disciplinas praticadas pela Igreja às relações com seus fiéis, bem como a recepção, pelo direito canônico, das normas processuais romanas quanto à competência e funcionamento dos tribunais eclesiásticos e notadamente o tribunal do bispo ou *episcopalis audientia*. Assim, não se pode deixar de estabelecer certa analogia entre o sistema justiniâneo e aquele que mais tarde, já quase ao final da Alta Idade Média, por obra de glosadores e pós-glosadores, iria ensejar o surgimento do *processo comum* ou romano-canônico[14].

Com a decadência do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., e as invasões do território itálico pelos povos de raças germânicas, a atuação da Igreja, no campo das atividades públicas, sofria as mesmas consequências negativas de que fora alvo nas instituições imperiais romanas. A primeira restrição foi a de limitar a atuação dos tribunais eclesiásticos ao julgamento exclusivo das causas religiosas, criando-se problemas com o sistema probatório dos dominadores, porquanto era a igreja fundamentalmente contrária aos chamados juízos de Deus que infligiam torturas à parte a quem competia provar que tinha razão na disputa litigiosa.

A situação tornou-se um pouco melhor em fins do Século VIII e início do Século IX com as capitulares carolíngeas, no império longobardo-franco, quando o imperador Carlos Magno fez aliança com o Pontífice Romano, Leão III.

Do Decreto de Graciano

Graciano, cujo nome completo era Graciano de S. Félix e Nabor, foi um monge Camaldulense, professor de teologia em Bolonha que organizou no ano de 1140 uma *Concórdia Discordantium Canonum* à qual foi logo dado o nome de *Decretum*. Consta haver sido o autor auxiliado por Rolando Bandinelli, que em 1159 se tornaria o Papa Alexandre III. Reunia o *Decretum Graciani* cerca de 3.800 textos ordenados

13 ARIAS, José V. Salazar. *Dogmas y Cânones de La Iglesia em El Derecho Romano*. Madri: Instituto Editorial Réus, 1954, p. 323-325.

14 ARIAS, José V. Salazar. *Dogmas y Cânones de La Iglesia em El Derecho Romano*. Madri: Instituto Editorial Réus, 1954, p. 133-149, 328-355.

sistematicamente, seguindo o método e pensamento de seu antecessor Ivo de Chartes. Havia a separação do Direito Romano, do Canônico, destacando-se este da teologia, que antes eram estudados juntos. Era uma compilação particular, na qual estavam reunidas Bulas, cartas, epístolas e outras publicações papais para serem seguidas pelos tribunais eclesiásticos.

Segundo alguns canonistas, a obra de Glauciano serviu como marco divisor do sistema canônico em dois períodos distintos, o do *"ius vetus"*, até Graciano, e do *"ius novum"*, após Graciano, incluindo-se neste último as Ordenações de Gregório IX, de 1234, a nova compilação Sacrossanta Ecclesia, de Bonifácio VIII, de 1298, e as duas codificações oficiais do Código Canônico de 1917 e o atual de 1983.

A metodologia do *Decretum* era inovadora, dispondo-se as matérias ordenadamente, o que não ocorria nas compilações anteriores. A obra não era apenas uma coleta de textos, mas para cada conjunto de documentos sobre uma determinada questão o autor emitia um *dictum* ou comentário breve, resumindo o problema e propondo a solução. O conjunto desses pequenos comentários foram chamados os *dicta Gracíani*, havendo contribuído para dar maior clareza à obra, que se tornou de grande utilidade para os estudos de direito canônico nas Universidades[15]. Formava a obra verdadeiro liame que ligava o passado e o presente da canonística.

Na sua condensação de textos e compilações, o *Decretum* apresentava duplo aspecto, pois se de um lado fazia uma reprodução dos princípios que na época de Graciano governavam o processo, de outro constituía-se no documento que reunia até aquele momento histórico todos os elementos constitutivos dos princípios admitidos no ultramilenar espaço de tempo anterior a Graciano e que serviriam de base à renovação das instituições canônicas que em futuro breve se iniciaria.

Era o Decreto dividido em três partes: a primeira referia-se às fontes e às pessoas; a segunda cuidava das causas judiciais; e a terceira da liturgia (*De consecratione*)[16].

A compilação graciânica ocupava-se, relativamente ao processo, das três fases distintas da função de conhecimento, da fase recursal e da estrutura humana necessária para o funcionamento do juízo: *iudex*, advo-

15 GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 147-148.

WICAKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Ed. Fundação Gulbenkian, 1967, p. 71-72.

16 Preleção do professor José Rogério Cruz e Tucci no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), em 29 set. 1989.

gado, procurador e auxiliares, dentre esses, o encarregado da citação e da atestação da revelia do demandado, fazendo ainda as distinções entre *verus iudex*, pelos critérios jurídicos (imparcialidade), e *bonus iudex*, por critérios morais (garantias morais de seriedade e independência), respectivamente, como requisitos de que deveria estar exornada a pessoa do juiz para obter-se uma boa judicatura.

Podia-se considerar a Concórdia *Discordantium Canonum* como um pródromo prenunciador de uma evolução específica que Graciano estava anunciando no campo dos princípios do direito processual da Igreja, pois antes dele só se encontravam nas coleções canônicas normas de direito romano e de direito germânico trasladadas para o ordenamento eclesial.

As três fases do processo cognitivo a que se referia o Decreto eram, como se viu: a *introdução*, a *instrução* e a *definição*. Na introdução, estavam contempladas o libelo, a citação, a contestação da lide e, após esta, o ato formal da *litis contestatio*, que não diferia, quanto ao conteúdo e efeitos, do mesmo ato praticado perante o direito romano justiniâneo, isto é, servia apenas para constatar-se a pretensão do autor invocada no libelo, a contrariedade do réu, ou a sua aquiescência ao pedido do autor (*confessio in iure*), ou, ainda, a revelia do demandado. Servia, assim, a *litis contestatio* tão só para fixar os limites do litígio, não refletindo nenhuma influência na sentença. Na instrução, eram considerados os vários meios de prova, especialmente as provas orais do juramento e da testemunhal, às quais era conferida elevada valoração, em vista dos conteúdos de direito divino que as informavam, de modo a produzir no exame das mesmas as medidas de moralidade e de pecado que estas poderiam conter. No que pertine ao juramento, partia Graciano do princípio de que *jurare non est pecatum*.

Finalmente, na parte relativa à definição do processo, situava-se a *sentença*. Acerca desse fundamental ato do processo, pouco se refere o *Decretum*, limitando-se a traçar algumas regras, demonstrando preocupação com os conteúdos morais que deviam estar presentes na sentença, como documento destinado a refletir a verdade processual, bem como uma perfectível vontade substancial.

Para que se obtivessem tais resultados, Graciano ditava alguns requisitos de ordem processual a serem observados na sentença. Em primeiro lugar, fixou um dos princípios cardiais do processo eclesiástico, que era a pluralidade de graus de jurisdição para firmar outro princípio fundamental consubstanciado na *tríplice sentença conforme*, isto é, a exigência de três julgamentos no mesmo sentido para alcançar-se a autoridade da coisa julgada *sententia quae in se non valet confirmata per superiorem valet* (c.

6.C.35.q.9); *sententia definitiva obtinet auctoritatem rei judicatae* (c.29.C.2 q. 6); *sententia non tenet* quando *per appellationem intra certum tempus relevatur* (c. 2. C. 35. p. 9).

Por outro lado, Graciano estabelecia certos requisitos de *ordem espiritual* e *moral* para a sentença, que se encontravam particularmente vivo no contexto da canonística, tais como: *iudex debet eam ferre cum mentis tranquillitate non in furore*, significando que o juiz devia estar mentalmente tranquilo, não se deixando levar pela ira ao prolatar a sentença *iniusta* (*sententia*) *nocet potius ferendi quam patientí*, significando a máxima de que a sentença injusta prejudica mais o agente do que o paciente; *iniqua sententia est revocanda*, isto é, a sentença iníqua deve ser revogada.

Por fim, Graciano ditava algumas regras de ordem substancial a serem observadas pelo Juiz: *non secundum propriam voluntatem sed secundam leges (senteniia) est proferenda*, querendo dizer, em vernáculo, que a sentença deve ser proferida não segundo a vontade do juiz, mas de acordo com a lei, *non est danda sententia nisi post, plenam investigationem veritatis*, significando a máxima de que a sentença injusta prejudica mais o agente do que o paciente; *iníqua sententia est revocanda*, isto é, a sentença iníqua deve ser revogada.

Nessas recomendações de Graciano dirigida ao juiz sobreleva o conceito de justiça da sentença, que devia se ancorar no *animus* e na *tranquillitas mentis*, ou seja, nos conteúdos moralista-espiritualistas que constituem os pontos de gravitação em que se ampara a ciência canônica.

Diante dos *princípios de moralidade* e *de espiritualidade* que se constituem em pontos cardiais para o direito da Igreja, como se viu acima, é de se concluir que, embora não estivesse expresso, como nas codificações modernas (Código de 1917, cânon 1.869, Código de 1983, cânon 1.608), Graciano admitia na sua compilação o requisito da *certeza moral* na elaboração da sentença.

Quanto aos outros requisitos formais, a sentença devia ser prolatada pelo juiz, normalmente o bispo, no seu tribunal, a *episcopalis audientia*, e, segundo expressamente dispunha o *Decretum*, por escrito, *sententia debet dari in scriptis* (c.7.C.2.q.1). Desse modo, *a episcopalis audientia* foi definitivamente renovada por Graciano.

Os atos do juiz eram o *decretum*, com o qual era o processo ordenado e desenvolvido, e as *sententiae*, que se dividiam em *sententiae definitivae* e *sententiae interlocutoriae*.

As primeiras eram impugnáveis pela *appellatio*, tanto as injustas ou iníquas quanto as nulas, pois, segundo a doutrina posterior de Liebman, por longo tempo, tanto no direito romano quanto no direito medieval, as sentenças, inquinadas de *errores in indican-*

do e as com *errores in procedendo*, eram passíveis do recurso de apelação[17], completando-se a assertiva com Della Rocca, para quem a *querella nullitatis*, para atacar a sentença nula, só teria surgido da confluência da *exceptio nullitatis* das Decretais com a *actio nullitatis* do processo comum[18].

A sentença interlocutória era apelável no *Decretum Graciani* por disposição expressa (c. 38. q. 6. C. II), que a identificava com a sentença definitiva[19]. Aliás, tal posição assumida na dita compilação não era de se estranhar, porque essa era a regra no processo canônico, desde que, em contato com o processo germânico antigo, teve o seu procedimento dividido em fases estanques – *termini ou stadia* – encerrando-se cada *terminus* com provimento judicial, que no processo romano chamava-se *interlocutio* e no processo canônico passou a denominar-se *sententia interlocutoria*. A apelação para a sentença definitiva e para a interlocutória devia ser formulada no prazo de dez (10) dias, dirigida ao órgão judicial imediatamente superior ao que a havia proferido inicialmente, salvo o recurso para a Sé Apostólica (Rota Romana e Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica) ou diretamente ao Romano Pontífice, podendo o recurso ser, nesse caso, *per saltum*.

Contra as sentenças definitivas válidas e transitadas em julgado, cabia o recurso extraordinário da *restitutio in integrum*.

Para o trânsito em julgado, exigia-se uma *tríplice sentença conforme*, pois quanto a esse requisito a situação da época pré-graciânica se mantinha inalterada, de vez que a *tríplice conforme* só se teria alterado para *dupla conforme* em 1917, com a primeira codificação canônica oficial[20].

Em conclusão do tema objeto dessas passagens do *Decretum*, há que se referir a transcendental importância da obra de Graciano para o direito da Igreja Católica Romana, pois há autores, como Della Rocca, que a con-

17 LIEBMAN. *Appunti Salle Impugnazioni*, p. 1, 3 XIII ristampa, Ed. Cisalpino-Golliardica, Milão, 1961.

18 ROCCA, Fernando Della. *Instituciones de Derecho Procesal Canônico*. Trad. Esp., Buenos Aires: Ed. Desclée de Brouwer, s/d., p. 348-349. "Appunti sui Gravami nel Processo Canônico", in *Saggi di Diritto Processuale Canônico*, p. 173. Padova: CEDAM, 1961.

19 Sobre essa disposição do Decreto de Graciano, ver PELLEGRINO, Piero. II *Prowedimenti Interlocutori nella Teoria Canonistica delle Impugnazioni*. Padova: CEDAM, 1969, p. 17.

20 Sobre a tríplice sentença conforme, ver HERNANDEZ, Miguel Moreno. *Derecho Procesal Canonico*. Madrid: Ed. Aguilar, 1956, p. 334-336.

sideram *"latto di nascita del diritto canônico; ciò che storicamente è inconfundibile"*; enquanto outros, como Wieaker, consideram o *Decretum* o marco indelével entre duas épocas da ciência canônica[21].

Das Decretais de Gregório IX

No ano de 1230, o Sumo Pontífice Gregório IX, sucessor de Honório (1216-1227) e sobrinho de Inocência III (1198-1216), devido ao grande número de decretais promulgadas após o Decreto de Graciano, de 1140, resolveu publicar uma consolidação autêntica e exclusiva, em que reuniu as respostas pontificais a consultas formuladas por bispos e doutores da cristandade, na época denominadas *Litterae, Epistolae, decretales, epistolae tractatoriae*, conferindo a essa compilação a denominação de *DECRETAIS*.

Para realizar a obra, foi encarregado o confessor de Gregório IX e velho Professor de Lógica em Bolonha, o dominicano espanhol Raimundo Peñafort. Realizado o trabalho, foi a compilação promulgada por Gregório IX pela *Bula Rex Pacificus*, de 5 de setembro de 1234.

A obra compilada por Raimundo Peñafort, que depois foi canonizado Santo da Igreja, dividiu-se em cinco livros, nos quais a matéria foi distribuída na mesma forma como haviam sido as cinco compilações antigas, na seguinte ordem: o Livro I tratava do *iudex*; o Livro II, do *iudicium*; o Livro III, do *clerus;* o Livro IV, dos *connubia*; e o V, dos *crimina*. Cada livro foi dividido em títulos, e cada título em Capítulos ou cânones, cada um dos quais reportando-se no todo ou em parte ao texto da decretal de que se ocupava[22].

Promulgadas as *Decretais* em 1234, foram declaradas universais e exclusivas, revogando todas as compilações anteriores, com exceção do Decreto de Graciano. As *Decretais* foram também conhecidas por *Líber Extra* e tiveram grande aceitação. Não se limitavam a cuidar apenas dos assuntos do clero, mas influíram nas legislações laicas que surgiram no futuro, pois os governantes usavam as Decretais como parâmetro para a elaboração de suas codificações, devido à unidade, à garantia e à segurança que revelavam em sua estrutura, quando também passaram a adotar a

21 Acerca das instituições processuais canônicas contidas no *Decretum* de Graciano, ver por todos, extensivamente, ROCCA, Fernando Della. II *Processo in Graziano*, "passim", in Saggidi Diritto Processuale Canônico. Padova: CEDAM, 1961, p. 203-226. WIEAKER, Franz. *História de Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1967, p. 361.

22 CIPROTTI, Pio. *Lezioni di Diritto Canônico*. Padova: CEDAM, 1943, p. 97-99.

sistemática das *Decretais*, dividindo-as em cinco Livros, como ocorre até hoje, tornando-se, assim, de grande valia para a formação do direito medieval e também do moderno. Autores há que as consideram "a pedra angular do edifício canônico até o Código"[23].

A matéria pertinente ao processo encontrava-se no Livro II, dividida em 30 títulos e 421 Capítulos, sendo o mais extenso o Título XXVIII, que era dividido em 73 capítulos, intitulado *De appellationibus, recusationilus et relationibus*, enquanto o Título XXVII, composto por 26 capítulos, tratava da *sententia* e da *res iudicata*.

Para iniciar-se o processo, o autor comparecia perante o juiz e apresentava-lhe uma *postulatio*, ordenando-se a citação a, *in ius vocatio* do réu para comparecer perante o juiz, ocasião em que o autor apresentava petição da demanda, a *libelli oblatio*, dando-se ao demandado um prazo para oferecer todas as *exceptiones*, dilatórias, peremptórias e provas (contestação) que, por prescrição de Inocêncio III, deviam ser oferecidas de uma só vez, *in eventum*.

Com o libelo do autor e a *exceptio* do réu, chegava-se a *litis contestatio*, por meio da qual formalizava-se o objeto do litígio, a *res in indicium deducta*, ficando vedadas daí por diante alterações unilaterais no processo. Note-se que a *litis contestatio* era apenas o ato formal de encontro das partes para firmar o juízo. Nela não se registrava nenhuma convenção entre ambas, como no processo romano clássico, pois o dito ato, nesse passo, gerava a mesma eficácia da que se realizava no processo romano justiniâneo, salvo se o réu quisesse realizar a *confessio in iure*, mas isso não era o que curialmente acontecia. Desse modo, a *litis contestatio* não influía na sentença, salvo nos sistemas canonísticos e romano anteriores, nos quais a *litis contestatio* constituía novação da lide.

Abre-se a fase probatória, necessitando serem provados somente os fatos controversos, mediante os *articuli probationis*. Havia tarifamento da prova: *probatio plena* e *probatio semiplena*.

Encerrando-se a fase probatória com a *conclusio in causa*e feita a *publicatio* do resultado da prova, o juiz proferia a sentença, condenando ou absolvendo o réu e comunicando às partes para do ato tomarem conhecimento *terminus ad sententiam audiendam*. A sentença iniciava-se com a invocação *in nomine Dei*, e antes de ser uma sentença condenatória e executiva, devia ser uma sentença justa, mediante a *certeza moral do juiz*, características que a distinguiam da sentença civil atual.

---

23 GIGANTE, José Antonio Martins. *Instituições de Direito Canônico*. V. I, n. 23, Braga: Ed. Escola Tip. da oficina São José, 1951, p. 27-29.

Quanto aos demais requisitos da sentença, cabe salientar que há dúvidas a respeito da **motivação**. O professor José Rogério Tucci entende que não havia obrigatoriedade da fundamentação da sentença[24]. Há, no entanto, autores que optam pela motivação, no âmbito do processo romano-canônico[25]. Não resta dúvidas de que, ainda na falta de norma legal que o obrigasse, não estava o juiz impedido de motivá-la, pois tal faculdade pode-se entender incluída na *iurisdictio* e no *ius imperii* do prolator da sentença.

A esse propósito, é de lembrar-se aqui um registro de Pertile, de que desde os tempos antigos os juízes eclesiásticos "estavam acostumados a dar os motivos das suas próprias sentenças", o mesmo acontecendo com os tribunais civis em tempos de Século XII. Esse costume era de tal modo observado que muitos não concebiam uma sentença que não fosse motivada. Mas, de outro lado, havia jurisconsultos que não consideravam essencial essa solenidade no direito comum, como Tancredus, enquanto outros, como Durante, taxavam-na de perigosa[26].

A sentença devia ser escrita, pois todos os atos do processo obedeciam ao *princípio da escritura*, ou se realizados oralmente, deviam reduzir-se a escrito para se perpetuarem nos autos (*quod non est in actis, non est in mundo*), por exigência da *Bula Quoniam Contra*, do ano de 1210, de Inocêncio III, anterior, portanto, às *Decretais* gregorianas.

A sentença nula por *errores in procedendo* devia, por conclusão lógica, passar a ser atacada, a partir das *Decretais*, pela *quarella nullitatis* em vez da apelação, como vinha acontecendo desde o sistema romano. Segundo doutrina assente entre processualistas civis e canonistas, esse novo recurso extraordinário, que se projeta no mundo processual como recurso típico do processo canônico, teria surgido da confluência da *exceptio nullitatis* das *Decretais* com a *actio nullitatis* regida pelo processo comum[27]. No entanto, há uma corrente de ca-

24 TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, p. 37-47, 1987.

25 Entendem que a sentença do processo romano-canônico era motivada. ABADIA, Jesus Lalinde. *Derecho Histórico Español*. Barcelona: Ed. Ariel, 1974, p. 566. GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Ed. Institutos de Estúdios Políticos, p. 75, 1968.

26 PERTILE, Antonio. *Storia Del Diritto Italiano*. V. VI, "Storia della Procedura", § 239. Turim: Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1900 p. 223-224.

27 HEERNANDEZ, Miguel Moreno. Ob. Cit ., p. 317. ROCCA, Fernando Della. *Instituciones de Derecho*... Trad. Esp., cit., n. 167, p. 348. LIEBMAN. *Appunti Sulle Impugnazioni*, cit., p. 1-4.

nonistas franceses que afirmam que a *actio nullitatis* do direito romano-canônico tornara-se de uso comum para combater os *errores in procedendo* da sentença, ao final do Século XIII, quando passou a confundir-se com o recurso de apelação[28].

Desse modo, diante do desacerto da doutrina e tendo em vista que outras fontes consultadas silenciam sobre o assunto, somos levados a admitir que sob o regime das *Decretais*, pelo menos em sua fase inicial, não havia ainda se plasmado a comistão entre a *exceptio nullitatis* das *Decretais* e a *actio nullitatis* do processo comum, proclamada pela primeira corrente doutrinária referida. Assim, não se tendo notícia da prática da *querella millitatis* no regime das *Decretais*, resta supor-se que tanto as sentenças injustas quanto as nulas por *errores in procedendo* continuavam a ser impugnadas pelo recurso de apelação, pelo menos nos primeiros tempos de vigência decretais gregorianas.

Para Surgik, no entanto, a sentença nula no regime processual das *Decretais* estava sujeita ao recurso de cassação, posição que se coaduna com a doutrina que assimila um pelo outro instituto[29].

A sentença definitiva *injusta* estava sujeita ao recurso de apelação, para o juiz imediatamente superior ao que proferira a decisão. A apelação é, na atualidade, o único recurso ordinário no sistema canônico.

Devido ao fato do procedimento do sistema canônico dividir-se tradicionalmente em períodos estanques, denominados *termini* ou *stadia*, cada uma dessas fases devia encerrar-se com uma *sentença interlocutória*, que definia também o resultado da prova. *As Decretais* do Papa Gregório IX, seguindo a tradição do Direito Canônico de admitir a recorribilidade das decisões incidentes, confirmaram a apelabilidade das sentenças interlocutórias, entendendo José Rogério Tucci que estas eram passíveis também da *supplicatio*, atendidos os pressupostos desse recurso extraordinário[30].

A sentença definitiva atingia a autoridade de coisa julgada, após alcançar três sentenças conformes, fenômeno que a doutrina canônica chamou *tríplice sentença conforme*.

A sentença definitiva válida, transitada em julgado, se por algum motivo devesse ser rescindida, poderia sê-lo pelo extraordinário da *restitutio*

---

28 NAZ, P. Torquebiau, Raoul; CLERCQ, C. de. *Traité de Droit Canonique*. Tomo. IV, Des Procès, n. 597. Paris: Letouzey et Ané, Éditeurs, 1954, p. 355-356.

29 SURGIK, Aloisio. *Compêndio de Direito Processual Canônico*. Cit. p. 34, 380. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Jurisdição e Poder*. cit . p. 125.

30 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Jurisdição e Poder*. cit. p. 125 e edição Saraiva, p. 135, 1987.

in integrum, satisfeitos os pressupostos necessários.

As *Decretais* de Gregório IX estabeleceram as bases para a uniformização e a harmonia das Leis da Igreja que se seguiriam, sendo utilizadas nos tribunais e estudadas como livro-texto nas escolas de teologia ao lado do Decreto de Graciano.

Promulgadas como compilação definitiva, proibindo a organização de qualquer outra, salvo o Decreto de Graciano, assim se mantiveram por período de aproximadamente sessenta anos. Mas no pontificado de Bonifácio VIII, este nomeou uma comissão formada por Guglielmo Mandagot, Berengario Predoli e Riccardo Petroni para reunir as leis que tivessem aparecido nesse período, empregando-se o mesmo método de Gregório IX. No início de 1298, o trabalho estava terminado, e pela Bula *Sacrosanctae Romanae Ecclesiae*, de 3 de março de 1298, Bonifácio VIII promulgou a nova compilação, com a denominação de *Livro Sexto*, mas que na realidade era dividido em cinco Livros, sendo declarada autêntica, universal e exclusiva, porque ab-rogava todas as outras anteriores às *Decretais* de 1234, se nela não se contivessem[31].

Depois de algum tempo de vigência das *Decretais* de Gregório IX e do *Livro Sexto* de Bonifácio VIII, devido à prática do processo escrito que já vinha desde Inocêncio III, em 1210, e ao fato do processo desenvolver-se em fases estanques que se encerravam por um provimento judicial, normalmente uma *sententia interlocutoria*, tendo de esperar a preclusão do anterior para iniciar-se o seguinte, fez com que o processo se tornasse excessivamente moroso e prejudicial para as partes.

Visando reparar esse mal, o Papa Clemente V (1305-1314) expediu, para uns em 1306, para outros em 21 de março de 1314, a Bula *Clementina Saepe Contingit*, instituindo o ***processo sumário***, sob a recomendação de que o procedimento devia desenvolver-se *simpliciter, breviter, de plano ac sine strepitu ac figura iudicii*. Era, assim, instituído um processo rápido, oral e concentrado em uma só oportunidade ou audiência, em contraste com o processo ordinário e escrito.

Esse processo sumário, apesar de concentrado e despojado dos formalismos e dos *termini* ou *stadia* estanques do processo ordinário, não trazia limitações nem à produção de provas, nem à defesa do demandado.

A *Clementina Saepe Contingit*, também conhecida por *Constitutiones Clementinae*, foi novamente publicada pela Bula *Quoniam nulla* de 25 de outubro de 1317, de João XXII[32].

---

31 GIGANTE, José Antonio Martins. Ob. Cit. V. I, n. 24, p. 29.

32 Acerca do processo nas *Decretais* de Gregório IX, ver, por todos, SURGIK, Aloísio. Compêndio..., cit ., p. 29-36.

Com as Clementinas praticamente encerraram-se as compilações da Igreja, e a própria atividade papal se desativou com a transferência da sede Pontifícia para o Avinhão, até o ano de 1377.

Do *Cordex Iuris Canonici* de 1917

Como referido anteriormente, sob o ponto de vista material e temporal, compõe a Igreja uma sociedade de homens, unidos não pelos dados puros e simples da sociologia, mas pelos liames naturais da fé e da participação na vida de seu Criador. Nessa perspectiva, tem sido a Igreja concebida por uma ótica tridimensional, como **povo**, **comunidade** e **sociedade**.

Com esta última característica, teve a Igreja necessidade de instituir uma estrutura jurídica própria, que a sedimentou ao curso de sua multimilenar história, embora contestada por alguns episódios transitórios ou duradouros, como o gnosticismo antigo, o espiritualismo medieval, o luteranismo e outros, quase todos amparados no argumento da rejeição do Direito como elemento impuro a uma visão do cristianismo, essencialmente espiritual e radicalmente carismática.

E ao estruturar-se juridicamente, a Igreja o fez fundando um direito próprio – o Direito Canônico –, que embora tenha abeberado em parte esse complexo normativo em fontes e princípios gerais do direito profano antigo, diga-se, não canônico, fixou como núcleo fundamental do seu próprio direito os conteúdos de direito divino, no qual se podem distinguir um direito divino natural e um direito divino positivo, concebidos, o primeiro, como emanação da pessoa humana como ser portador do complexo razão-espírito, e o segundo, como projeção do conceito de Justiça criado por Cristo[33].

No âmbito dessa complexa estrutura espiritual e temporal, são praticados pela Igreja atos jurídicos de toda ordem, tanto pela imensa comunidade de fiéis como pelas autoridades eclesiásticas, recebendo todos a regência da ordem jurídica canônica, situem-se eles no campo do direito material ou do processo. Há autores, porém, que sustentam não gozarem os atos jurídicos eclesiásticos de disciplina normativa senão na área do processo[34].

Diante de tais realidades, a Igreja Católica do Ocidente, desde a sua fundação por Cristo, ao início do Principado romano, procurou estabelecer

33 LOMBARDIA, Pedro. *Lezioni di Diritto Canônico*. Milão: Ed. Giuffrè, 1984, p. 4-15.

34 FALCO, Mario. *Introduzione allo Studio Del "Codex Iuris Canonici"*. Turim: Ed. Fratelli Bocca Editori, 1925, p. 147.

sua conduta normativa. No primeiro milênio e até a obra de Graciano, as fontes do Direito Canônico constituíam-se em Encíclicas e Bulas papais, ordens dos concílios e em coleções privadas. Mas com Graciano, e a partir deste, a disciplina normativa eclesiástica toma o caminho da sistematização das suas compilações, já com a intervenção direta e oficial do Romano Pontífice, na elaboração e promulgação de suas leis, com uma visão político-religiosa dos seus próprios destinos. Assim chegou-se à unificação do direito eclesiástico com o primeiro *Codex Iuris Canonici*, de 1917, após quinze séculos de militância terrena, partindo daí para o amadurecimento da ideia de uma codificação unitária e universal, já concebida no Concílio de Trento (1545-1563) e nos Concílios posteriores, realizado por uma comissão de varões doutíssimos, sob a presidência do canonista Pietro Gasparri.

Com a colaboração conjunta de todo episcopado do universo, o trabalho de codificação estendeu-se por dez anos, estando já quase completo em 1914, quando faleceu Pio X. O Papa Bento XV, seu sucessor, concluiu a obra, anunciando-a ao mundo, pelo *Consistorium* de 4 de dezembro de 1916, que estava ultimada a codificação, promulgando-a no dia de Pentecostes, pela constituição *Providentíssima Mater Ecclesia*, de 27 de maio de 1917, com *vacatio legis* de um ano, tendo entrado em vigor na mesma festa de Pentecostes no ano seguinte, ou seja, em 19 de maio de 1918[35].

O *Codex Iuris Canonici* de 1917 era uma coleção sistemática, unificada, universal e autêntica, redigida não mais pelo método das antigas compilações, mas pela forma das codificações modernas, destinada a reger os destinos de toda a Igreja do Ocidente.

Foram na codificação definidos os Tribunais eclesiásticos, sua estrutura, grau hierárquico e competência, tendo como ato relevante de sua promulgação a substituição da multissecular *episcopalis audientia* pelo Tribunal Ordinário de primeira instância (cânones 1.572-1.593), estabelecendo-se os órgãos de segunda instância (cânones 1.594-1.596), a Rota Romana e o Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, como instâncias ordinárias e especiais, às vezes extraordinárias. Como Juiz supremo, situado no vértice da pirâmide hierárquica, estava o Romano Pontífice (cânones 1.597-1.605).

O processo, em sua estrutura funcional, seguia o sistema do direito comum ou romano-canônico esboçado ao final da Alta Idade Média, a partir do *Studium civile*, de Bolonha, dominado pela escritura (cânon 1.706),

35 GIGANTE, Martins. Ob. Cit. V. I, p. 29-34, 31-33.

imprimindo-se no procedimento certo rigorismo formal, inquisitoriedade na produção da prova, observados os princípios do segredo e o inquisitivo, porquanto desde os evangelhos dos primeiros tempos da cristandade, o cristão, para assistir a missa dominical, teria que, antes de tudo, conciliar-se com o irmão desafeto. Vê-se aí um exemplo concreto da prática inquisitória. Por outro lado, o princípio da conciliação continuava a ser considerado princípio transcendental.

Estava o processo dividido em *ordinário, especial* e *administrativo*, sendo observado neste último um tipo de procedimento sumário pertinente à remoção de párocos (cânones 2.162-2.167). O processo ordinário era utilizado para as causas em geral; os especiais, diziam com as causas matrimoniais; os administrativos, também chamados processos governativos, diziam com as causas sobre a beatificação de servos e de santificação de beatos, de competência exclusiva da Sé Apostólica (cânones 1.999-2.141), bem como abrangiam ainda as causas sobre remoção de párocos inamovíveis e movíveis (cânones 2.147-2.167). Também administrativos eram os processos disciplinares contra clérigos irresidentes e concubinários (cânones 2.168-2.181). Aos analfabetos era-lhes deferido o processo oral, devendo a pretensão do autor ser registrada na ata do ofício pelo notário (cânon 1.707).

As sentenças dividiam-se *em definitivas e interlocutórias*. A outra categoria de ato judicial eram os *decretos*, definidos por critério de exclusão, isto é, decreto era o provimento judicial destinado a resolver questões incidentes que não pudessem ser resolvidas nem por sentença definitiva, nem por interlocutória (cânon 1.868, § 2º).

As *sentenças definitivas*, às quais era necessariamente atribuído como requisito essencial a *certeza moral*, eram os provimentos judiciais que resolviam as questões principais; as *sentenças interlocutórias* eram as provisões do juiz que dirimiam as questões incidentes.

A sentença definitiva *era apelável, quando injusta,* (cânon 1.879), mas quando viciada por *errores in procedendo,* estava sujeita a ser impugnada pela *querella nullitatis,* expressamente admitida pela codificação de 1.917 (cânones 1.892-1.897), espancando-se, a partir de então, a dúvida que vinha desde as *Decretais* de Gregório IX, de 1234.

A sentença definitiva que prejudicasse interesse de terceiro podia ser impugnada pelo recurso extraordinário da *oposição de terceiro* (cânones 1.898-1.901).

O trânsito em julgado da sentença operava-se ocorrida a *duplex sententia conformis*, reduzindo-se a exigência da *triplex sententia conformis* do direito anterior (cânon 1.902). A sentença válida, transitada em julgado,

estaria sujeita à rescisão por meio da *restitutio in integrum*, se presentes estivessem os pressupostos exigidos para esse recurso extraordinário (cânones 1.902-1.907), isto é, quando a sentença causasse *grave dano* a um dos litigantes e estivesse *manifesta a sua injustiça*[36].

Quanto às sentenças interlocutórias, desde o Concílio de Trento (1545-1563), encontravam-se classificadas em *interlocutoriae simplices* e em *interlocutoríae vim definitivam habentes*. As primeiras restaram inapeláveis por decisão do dito Concílio, cujos cânones foram aprovados pela Bula *Benedictus Deus*, de 25 de janeiro de 1564, do Papa Pio IV. As *sentenças* interlocutórias com força de definitivas, também chamadas *sentenças interlocutórias mistas*, assim consideradas as *terminativas do processo* e as que produzissem *dano irreparável ou de difícil reparação* ao vencido, se executadas antes da sentença definitiva ou do julgamento da apelação que desta resultasse, continuaram sujeitas ao recurso de apelação (cânon 1.880 § 6º). Também era apelável o "decreto" que se revestisse das mesmas características das sentenças interlocutórias com força de definitivas (cânon 1.880, § 6º).

Do *Codex Iuris Canonici* de 1983

Desde sua fundação por Cristo, mediante atos constitutivos perante os Apóstolos, vinha a Igreja criando e renovando as leis e as demais disposições canônicas, sempre com a finalidade não só de estatuir instrumentos adequados de autorregulamentação de suas atividades no cumprimento da missão salvadora do povo cristão, como também para atender à necessidade de criar e desenvolver um complexo normativo capaz de reger as atividades cristãs dos seus próprios fiéis. O Código de 1983 é a segunda codificação canônica Oficial da Igreja do Ocidente, ainda em vigor até hoje.

Sensível a esses desígnios reformatórios que sempre estiveram presentes no corpo da Igreja, vinha o episcopado de todo o Mundo advertindo ao Romano Pontífice da necessidade de promover-se nova reforma no ordenamento canônico, pois o estatuto vigente, devido à sua vinculação estreita ao sistema de direito comum emergente da Escola de Bolonha e de suas disposições mais voltadas para a disciplina exegético-normativa do que propriamente para os conteúdos de direito divino e de direito apostóli-

36 Sobre a *restitutio in integrum* na codificação canônica de 1917, ver DOMINGUEZ, Lorenzo Miguélez; MORÁN, Sabino Alonso; ANTA, Marcelino Cabreros de; ORTIZ, José Lopez. *Código de Derecho Canônico Comentado*. Madri: Ed. BAC, 1976, p. 725.

co, trazia algumas dificuldades ao desempenho dos papéis da Igreja, diante das novas circunstâncias históricas que se abriam à humanidade após o término da Segunda Guerra Mundial em 1945.

Assim, em 25 de janeiro de 1959, o Papa João XXIII reabriu o Concílio Vaticano I, que anteriormente havia sido suspenso em razão das belicosidades da guerra Franco-Prussiana, e o fez sob a denominação do Concílio Vaticano II, com participação superior a dois mil bispos de todo mundo, no decurso do qual foram promulgadas quatro Constituições: a *Lumem Gentium*, sobre a Igreja; a *Dei Verbum*, sobre a revelação; a *Sacrossanto Concilium*, sobre a liturgia; e a *Gaudium et Spes*, dispondo sobre as relações da Igreja com o mundo contemporâneo.

Durante as sessões do Concílio Vaticano II, chegaram alguns bispos a esboçar reações antijuridicistas, contrapondo o espírito deste Concílio com o espírito do Código Canônico de 1917.

Todavia, grande parte das conclusões conciliares representavam um avanço fundamental na evolução histórica do Direito Canônico, positivando-se no Concílio princípios de direito divino e, a partir deles, foram delineados outros de direito humano, concernentes à dignidade e à liberdade do Cristianismo como condição de Povo de Deus; à sacramentalidade e à colegialidade do episcopado; e ainda, ao relacionamento Igreja-Estado, que sugestionaram e deram impulso decisivo à nova reforma do Direito Canônico[37], atendendo o espírito das quatro constituições suprarreferidas.

Assim, com a revigoração do Concílio Vaticano I, naquele passo designado *Concílio Vaticano II*, João XXIII, a 28.3.1963, criava a Comissão encarregada de fazer a revisão do *Codex* de 1917, sob a presidência do Cardeal Pietro Ciarici e sob o secretariado de Jacobo Violardo. Falecido João XXIII, seu sucessor Paulo VI, mediante a Constituição de 17.4.1964, integrou à Comissão novos cardeais, setenta consultores e convocou os canonistas de todo o orbe para que se dedicassem à tarefa da nova codificação.

Falecido o Cardeal Pietro Ciarici, foi em 21.2.1967 nomeado presidente o Arcebispo Péricles Felici, que morreu prematuramente e foi substituído na presidência da Comissão pelo Bispo de Bizacena, da Venezuela, pelo ato pontifício de 17.5.1982.

Decorridos quase quinze anos de trabalhos de revisão, e então já ultimada e impressa, a nova codificação foi entregue ao Sumo Pontífice, em 29.6.1980, na Festa dos Apóstolos Pe-

37 LOMBARDIA, Pedro. *Lezioni di Diritto Canônico*. Milão: Ed. Giuffrè, 1985, p. 31-40.

dro e Paulo. Feitas as revisões necessárias, foi o texto novamente editado em 22.4.1982, e o novo *Codex Iuris Canonici* promulgado por João Paulo II, pela Constituição Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges,* de 25.1.1983, na mesma data em que vinte e quatro anos antes João XXIII havia lançado a ideia ao criar o *Concílio Ecumênico Vaticano II*[38]. O novo Código entrou em vigor no primeiro dia do Advento, ou seja, em 27.11.1983, como determinara a dita Constituição Apostólica que o promulgou.

O *Codex Iuris Canonici* de 1983, que se compõe de 1.752 cânones, é mais sintético e concentrado que o *Codex* anterior de 1917, que era composto por 2.414 cânones. Encontra-se dividido em sete Livros, disciplinando em cada um deles todas as funções, encargos, direitos e deveres da Igreja, dos clérigos e do tratamento do Povo de Deus, a respeito do qual se destacam as funções de *ensinar* e *santificar*.

No que se refere à *jurisdição eclesiástica,* o Código cuida especialmente da organização dos tribunais. São esses os órgãos da jurisdição da Igreja encarregados dos misteres do processo canônico. Na linguagem da canonística, o vocábulo "tribunal" não tem a mesma significação da linguagem do direito secular, onde a expressão sempre identifica um órgão colegiado. No processo canônico, o tribunal pode ser composto por *iudex unicus* ou por um *collegium,* segundo as circunstâncias, sendo esse colégio formado por clérigos e outros membros, como o relator, o auditor, o assessor, o promotor, o defensor do vínculo, o notário e o oficial de justiça, embora nem todos tenham o *múnus* de julgar.

Juiz nato em cada diocese é o Bispo, o qual, além da potestade estritamente judicial, tem também a função governativa sobre os tribunais e, em razão disso, dirige o processo, nomeia o relator e os demais auxiliares, fiscaliza e disciplina as atividades do tribunal[39].

Na primeira instância, está o Tribunal Diocesano (cânones 1.419-1.426), que no estatuto anterior denominava-se Tribunal Ordinário de primeira instância (cânones 1.572-1.593) e que naquele passo havia substituído a ultramilenar *episcopalis*

38 ECHEVERRÍA, Lamberto de *et al. Código de Derecho Canônico (de 1983)*. Ed bilíngue comentada. "Prefácio". Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1985, p. XXXIX a LII.

39 ANTA, Marcelino Cabreros de. *Código de Derecho Canônico (de 1917)*. Ed. bilíngue latim-espanhol (comentada). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, (BAC), 1974, p. 610-611.

audientia que vinha desde o início da cristandade, figurando como tribunal de primeiro grau. Pode haver um tribunal diocesano para abranger mais de uma diocese (cânon 1.423).

Na segunda instância, situam-se o Tribunal Metropolitano, também chamado Tribunal do Arcebispo (cânones 1.438-1.441), podendo ser designado outro para julgar a apelação, quando o metropolitano tiver decidido a causa como instância originária (cânon 1.438, § 2º). O tribunal de segunda instância para julgamento do recurso é sempre colegiado (cânon 1.441).

Na terceira instância estão os Tribunais da Sé Apostólica, constituída pela Rota Romana e pelo Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica (cânones 1.442-1.445). A Rota Romana muitas vezes se constitui em tribunal ordinário de segunda instância (cânones 1.443-1.444), ou até como tribunal de primeira instância nas causas criminais contra os bispos, bem como as que o Romano Pontífice, tanto *motu próprio* como a instância de parte, tenha avocado ao seu tribunal e a tenha encaminhado à Rota Romana para julgamento inicial (cânon 1.444, § 2º).

O Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica é sempre instância extraordinária. O Romano Pontífice é o juiz supremo para todo o orbe católico pertencente à Igreja do Ocidente ou Igreja Latina (cânones 1.404 e 1.442).

O processo, no *Codex Iuris Canonici* de 1983, divide-se em *contencioso ordinário*, em *contencioso oral*, em *especiais*, em *administrativo* e em *penal*. O *contencioso ordinário* é o residual, utilizado para todas as causas em geral, a cujo procedimento a lei não atribua um outro rito (oral, especial, administrativo, penal); os *processos especiais* são aqueles ritualizados de maneira diversa ao contencioso ordinário, em que o procedimento apresenta peculiaridades distintas das comuns a todos os casos (cânones 1.671-1.716), como soe acontecer com as causas matrimoniais, em que há a interveniência de um defensor do vínculo e não sujeição à coisa julgada etc. (cânones 1.432 e 1.643).

Processos administrativos são os de declaração de nulidade de ordenação de clérigos (cânones 1.708-=1.716), os de remoção e traslado de párocos (cânones 1.740-1.752) e outros menos frequentes. Os *processos penais* são processos mistos, nos quais há uma fase investigatória extrajudicial, chamada *investigação prévia* ou de natureza administrativa[40] a qual, se não chegar a indicar a persecução penal contenciosa, será arquivada nos arquivos secretos da Cúria (cânones

40 ACEBAL, Juan Luis. *Código de Derecho Canônico (de 1983)*. Ed. bilíngue latim-espanhol. Madrid: Biblioteca de Autores cristianos (BAC), 1985, p. 828-834.

1.717-1.739). A fase contenciosa penal só será promovida se a investigação prévia concluir que há elementos para tal (cânones 1.720-1.731).

O *Processo contencioso oral* assume as características do processo sumário criado pela Bula *Clementina Saepe Contingit* de 21 de março de 1314, de Clemente V. Porém, o processo *sumário puro*, instituído na dita Bula Clementina, não foi expressamente adotado pelo *Codex* de 1983. O procedimento no *contencioso oral* deve concentrar-se em uma só audiência, na qual deve esgotar-se toda a atividade processual, à semelhança do que ocorria com o processo austríaco do Código de Franz Klein de 1895 e com o atual Código General Del Proceso do Uruguai, editado em 18.10.1988 e em vigor a partir de 20.11.1989, que adotou o chamado *proceso por audiências* (arts. 340-342), cuja audiência preliminar concentra praticamente toda a matéria de cognição. Dentre as causas excluídas do processo contencioso oral, no *Codex* de 1983 estão as de nulidade de matrimônio[41].

No que se refere ao procedimento, o novo *Codex Iuris Canonici* ainda mantém-se atrelado ao sistema do processo comum, que resultou na Alta Idade Média da comistão que se operou da convivência do processo canônico com o romano e em contato com o processo germânico primitivo. Assim, embora a nova codificação tenha buscado caminhos em direção ao processo científico moderno, o procedimento ainda se pauta por certo rigorismo formal, identificado com o processo romano-canônico que dominou o processo secular ou profano até meados do século XVIII.

O *princípio da escritura*, que vinha desde Inocêncio III, na Bula *Quoniam Contra* de 1210, anteriormente às *Decretais* gregorianas, sob o fundamento de que os atos processuais devem se perpetuar nos autos *(quod non est in actis, non est in mundo)*, foi mantido, de tal modo que, mesmo no contencioso oral, os atos devem ser reduzidos a escrito pelo notário, sob pena de nulidade (cânon 1.437).

Não obstante serem os atos do processo praticados com obediência ao *princípio dispositivo* (cânon 1.501), há casos em que prevalece o *princípio inquisitivo*, quando na demanda se desenhar o interesse da Igreja ou o da salvação das almas (cânon 1.453). É mantido o *princípio do segredo* dos atos judiciais por juízes, testemunhas, peritos, partes e seus advogados e auxiliares do juízo até a sentença. O *princípio da publicidade* é, pois, exceção no processo canônico[42].

---

41 HORTAL, Pe. Jesus. *Código de Direito Canônico*. (Comentado), trad. Portuguesa. São Paulo: Ed. Loyola, 1987, p. 710-711.

42 HORTAL, Pe. Jesus. *Código de Direito Canônico*. (Comentado), trad. Portuguesa. São Paulo: Ed. Loyola, 1987, p. 640.

Encerradas as fases postulatória e instrutória, segue-se, obviamente, a fase decisória cujos atos se incluem no gênero "Dos Pronunciamentos do Juiz", entre os quais figuram as *sentenças* e os *decretos*. As sentenças dividem-se em definitivas e interlocutórias, confundindo-se estas últimas algumas vezes com os decretos.

A s*entença definitiva* é a decisão judicial por excelência, pois inegável é a sua função como ato de declaração do direito em concreto e como meio de satisfação do direito divino natural ou positivo reclamado pela pessoa do fiel ou do clérigo. E essa função transcende amplamente a ideia de aplicação pura e simples da norma positiva, pois, no caso de inexistência desta, deverá o juiz, a teor do cânon 19, recorrer: aos princípios gerais de direito, aplicados com equidade canônica; à jurisprudência e às práticas da Cúria Romana; e à opinião comum e constante dos doutores, salvo em causas penais. É, pois, a sentença definitiva, o ato culminante do processo, no qual o juiz exerce a plenitude da potestade jurisdicional de que está investido e responde adequadamente ao direito de ação e de defesa mediante a resolução da controvérsia. É o fim a que se destina o processo e a luz que ilumina as trevas da controvérsia.

A inabalável convicção acerca da verdade insculpida no complexo probatório lhe ensejará a *certeza moral*, um dos requisitos internos indispensáveis da sentença canônica (cânon 1.608). É a certeza – afirma a doutrina canônica – que exclui toda a dúvida fundada ou imaginável acerca dos fatos da causa, que elimina a *probabilidade* da incerteza, ainda que não a *possibilidade* desta vir a ocorrer. Diz-se, pois, que a *certeza moral* exclui a probabilidade de errar, mas não a *possibilidade*. Considera que o erro é improvável, ainda que possível[43]. Outro requisito interno da sentença canônica é da *motivação*, que no *Codex* de 1983 constitui exigência legal expressa (cânon 1.611, § 3º).

A sentença nula, ou viciada por *errores in procedendo*, está sujeita ao recurso extraordinário da *quarella nullitatis* (cânones 1.619-1.627), no prazo de dez dias, como ação e, perpetuamente, como exceção (cânon 1.621). A sentença válida, porém injusta, que padece de *errores in iudicando*, está sujeita ao recurso de apelação, que se realiza em duas etapas: a primeira, no prazo de quinze dias úteis, estipulado para o apelante fazer o pedido perante o juiz *a quo* (cânon 1.630); a segunda, dentro de um mês, quando o recorrente deve formular as

43 É o pensamento de ACEBAL, Juan Luis. *Código de Derecho Canônico (de 1983)*. Ed. bilíngue latim-espanhol. Madrid: Biblioteca de Autores cristianos (BAC), 1985, p. 783.

razões do recurso perante o tribunal *ad quem* (cânon 1.633).

A sentença transita em julgado após a ocorrência de *duas sentenças conformes (duplex sententiae conformes)* (cânon 1.641, § 1º).

A sentença válida, transitada em julgado, estará sujeita a ser rescindida por meio do recurso extraordinário da *restitutio in integrum*, se estiverem presentes os requisitos para o cabimento desse meio recursal exigidos (cânon 1.645-1.648). Entre os requisitos fundamentais para embasar o recurso estão a iminência de grave dano a um dos litigantes e a manifesta injustiça da sentença, como é o caso da sentença obtida com dolo de uma parte que venha acarretar prejuízo à outra[44].

As *sentenças interlocutórias*, ou seja, aquelas que decidem questão incidente ou que decidam uma questão processual terminativa do processo, são muito comuns no processo canônico, devido às características deste, de ter o seu procedimento dividido em *termini* ou *stadia* estanques, cada um deles encerrado por uma *sentença interlocutória* ou por um *decretum*. Esse fator, ligado à preclusão herdada do processo germânico, ocorrida no encerramento de cada uma dessas fases, torna recorríveis as decisões que as resolvem.

Esses fatos, que vinham ensejando uma ampla recorribilidade no processo canônico, com sérios prejuízos para o bom andamento do processo, fez com que as autoridades eclesiásticas reunidas no Concílio de Trento (1545-1563) optassem por classificar as interlocutórias em *sententiae interlocutoriae vim definitivam habentes* e em *sententiae interlocutoriae símplices*, subdividindo as primeiras em interlocutórias terminativas do processo e em interlocutórias que causam irreparável prejuízo ou de difícil reparação ao vencido. Como até então todas as sentenças interlocutórias eram apeláveis indistintamente, os conciliares tridentinos limitaram o recurso de apelação às primeiras, isto é, às *sentenças interlocutórias com força de definitivas*, proscrevendo-o para as *interlocutórias simples*, que, em consequência, restam revogáveis pelo juiz a qualquer tempo, até a sentença definitiva final, eis que sobre elas não mais recai preclusão, conforme os cânones do mencionado Concílio, aprovados pelo papa Paulo IV, na Bula *Benedictus Deus* de 25 de janeiro de 1564.

Essa situação já havia sido recolhida pelo *Codex* de 1917 (cânones 1.841 e 1.880, § 6º), sendo conservada pela codificação atual de 1983 (cânones 1.591 e 1.629, § 4º).

Desse modo, na vigência do presente *Codex Iuris Canonici* de 1983,

44 ACEBAL, Juan Luis. *Código de Derecho Canônico (de 1983)*. Ed. bilíngue latim-espanhol. Madrid: Biblioteca de Autores cristianos (BAC), 1985, p. 799-800.

são atacáveis pelo recurso de apelação, além das sentenças definitivas, as *sententiae interlocutoriae vim definitivam habentes,* segundo as normas do cânon 1.639, § 4º da dita codificação, restando inapeláveis e por isso revogáveis pelo juiz a qualquer tempo, até a prolação da sentença definitiva final, as sentenças interlocutórias simples, de que se ocupa o cânon 1.591 da codificação vigente.

Situação paralela à das sentenças interlocutórias é a do *decretum*, que, na sistemática do *Codex*, é o provimento judicial próprio para decidir e encerrar as fases introdutória, probatória e de discussão do processo de conhecimento de primeira instância. Segundo os mesmos dispositivos legais acima referidos (cânones 1.591 e 1.639, § 4º), é apelável o decreto com força de sentença definitiva (cânon 1.639, § 4º), restando irrecorrível e revogável o decreto que não tenha força de definitiva (cânon 1.591), o que faz supor que só não é recorrível o decreto de expediente ou de mero expediente, para usar-se uma linguagem tradicional do processo secular moderno.

Na vigência do *Codex* de 1983, restam inapeláveis os seguintes provimentos judiciais (cânon 1.629): as sentenças do Pontífice Romano ou do Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica; a sentença viciada de nulidade, salvo quando for a apelação cumulada com a querela de nulidade (cânon 1.629, § 2º); a sentença transitada em julgado; o decreto do juiz ou sentença interlocutória que não tenha força de definitiva, salvo se cumulada com a apelação da sentença definitiva; a sentença ou decreto em causa em que a lei determina sejam dirimidas com a maior rapidez (cânon 1.629), § 5º).

Por fim, é de notar que todas as disposições canônicas até aqui referidas dizem respeito ao Direito Canônico da Igreja Ocidental, pois o Direito Canônico Oriental até o presente nunca chegou a ser codificado, embora haja um andamento processo de reforma[45].

Contribuições da canonística no âmbito do direito público estatal e quanto aos princípios gerais de direito

Quanto ao exercício do poder, divide-o no seu âmbito a canonística em *poder legislativo*, em *poder executivo* e *poder judiciário*, estabelecendo a constituição e composição de cada um (cânon 1.350 e os modos de atuação de cada poder). O primeiro, constituído pelos prelados da Igreja (cânon 135, 2º); o segundo, formado pelos prelados e delegados consagra-

45 HORTAL, Pe. Jesus. Código de Direito Canônico. (Comentado), trad. Portuguesa. São Paulo: Ed. Loyola, 1987, p. 2.

dos ou eleitos; o terceiro, exercido por juízes e colégios judiciais instituídos pelas leis canônicas (cânones 135 a 145). Aí está a divisão de poderes pertinentes ao governo da Igreja estabelecida pela canonística, do mesmo modo como faz a Lei Maior do Estado Democrático de Direito na atualidade, o que demonstra a próxima semelhança entre o Direito da Igreja e o estatal público e, quem sabe, a contribuição daquele para a formação deste.

Contribuições da canonística à ordem jurídica estatal existem também quanto a certos princípios gerais de direito. Assim ocorre, exemplificativamente, com a observância pela canonística dos direitos adquiridos (cânon 4); com a observância dos costumes em situações não previstas na lei canônica (cânon 5); com a adoção do princípio da irretroatividade da lei nova às situações fáticas ocorridas no passado (cânon 9); com o princípio que veda a aplicação de restrições de direitos a casos não expressamente previstos na lei canônica (cânon 18); com o princípio que recomenda a aplicação da equidade com espírito de benignidade entre os princípios gerais de direito (cânon 19); com o princípio de que a lei posterior ab-roga ou derroca a anterior, se expressamente o declara, se lhe é diretamente contrária ou se reordena inteiramente toda a matéria da lei anterior (cânon 20); e muitas outras situações dispostas na lei canônica que, de igual modo, são contempladas nas leis estatais, também chamadas leis seculares.

Contribuições da canonística na área do processo

No que diz respeito ao âmbito do processo, vinha a canonística, desde os mais remotos tempos, mais ordenadamente a partir do Decreto de Graciano, no ano de 1140 d.C., pugnando por uma estrutura orgânica do processo canônico, para colocá-lo em prática com o objetivo de atender os desígnios da Igreja do Ocidente. A missão dos organizadores do *Decretum* foi a de proclamar as figuras do juiz imparcial (*verus iudex*); qualificar o magistrado pelos critérios morais (*bonus iudex*); estabelecer a pluralidade de graus de jurisdição; instituir como princípios fundamentais a *triplex sententia conformis* e a *certeza moral*, para a formação da "*res iudicata*"; a repristinação da "*episcopalis audientia*" ou tribunal do bispo, que vinha sendo processado desde os primeiros tempos da cristandade; a classificação da sentença em *definitiva* e *interlocutória*, sujeitando a primeira ao recurso da "*appellatio*" e a segunda ao recurso "*per saltum*", para a Sé Apostólica, em certos casos.

É de notar, pois, que a proclamação do "*verus iudex*" e do "*iudex bonus*" assemelham-se aos institutos do impedimento e da suspeição, no

processo estatal, respectivamente, enquanto o princípio da *"triplex sententia conformis"* implica similitude com o do trânsito em julgado da sentença, na atualidade, em face do esgotamento das vias recursais.

No estágio das *Decretais* de Gregório IX, de 1234 d.C., seguintes ao Decreto de Graciano, de 1140, foi instituída e definida *"in ius vocatio"*, para chamar o réu ao processo e assim exercitar a sua defesa consubstanciada na *"contestatio"* e em todas as demais *"exceptiones"*, para formar a *"res in indicio deducta"* a ser decidida pelo *"arbiter"*. Ainda no período de vigência das *Decretais*, surgiu a *"Clementina Saepe Contingit"* do Papa Clemente V (1305-1314), instituindo o *procedimento sumário* que deveria se desenvolver *"simpliciter, breviter, de plano ac sine strepitu ac figura iudici"*, para suplantar a morosidade processual decorrente da apelatividade das interlocutórias etc. Esses dois institutos da *"in ius vocatio"* e do processo sumário, criados no estágio das *Decretais* do Gregório IX, revelam contribuições importantes para implementar os procedimentos da citação e da ação sumária no processo estatal moderno.

Outras tantas contribuições do processo canônico ao processo estatal moderno vêm sendo espelhadas nas duas codificações canônicas oficiais de 1917 e 1983, como se verá a seguir.

Concebida no Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1563, a ideia de substituir e sistematizar a disciplina normativa eclesiástica, até então sob a égide das compilações esparsas, muitas delas de elaboração particular e privada de alguns canonistas, partiu a Igreja para a unificação de sua visão político-religiosa, mediante a organização de uma codificação que veio a lume com a promulgação do *"Codex Iuris Canonici* de 1917, levada a público por Bento XV, com a Constituição *"Providentissima Mater Ecclesia"*, de 25 de maio de 1917, tendo entrado em vigor na mesma data do ano posterior.

Essa codificação, que foi elaborada não mais pelo método das compilações anteriores, mas seguiu a sistematização e a unidade adotadas nas *Decretais* de Gregório IX e a forma imprimida nas codificações modernas, com seu texto dividido em cinco Livros, teve a singularidade de substituir, na área do processo, a multissecular *"episcopalis audientia"* pelo Tribunal Ordinário de primeira instância (cânones 1.572-1.593), estabelecendo como órgãos de instância superior, ordinária e especial, os Tribunais da Sé Apostólica, tais como o da Rota Romana e o Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, figurando no ápice da pirâmide hierárquica, como Juiz Supremo, o Romano Pontífice.

Todos os demais institutos e procedimentos pertinentes ao processo canônico e admitidos pela codificação oficial de 1917 estão repristinados no estatuto canônico de 1983, como se verá adiante.

A promulgação do *"Codex Iuris Canonici"* de 1983, reformando a codificação oficial anterior, foi sensível aos desígnios reformatórios que estiveram presentes no corpo da Igreja, manifestados pelo episcopado de todo o mundo, desde as primeiras décadas de vigência do *"Codex"* de 1917, situação que levou o Sumo Pontífice João Paulo II a expedir a Constituição Apostólica *"Sacrae Disciplinae Leges"*, de 25 de janeiro de 1983, promulgando o novo código, que entrou em vigor no primeiro dia do Advento, em 27 de novembro de 1983, como determinara a dita Constituição Apostólica que o promulgou.

A atual e vigente codificação, ao tratar dos órgãos da jurisdição eclesiástica, encarregados dos misteres do processo canônico, estabeleceu como juízo de primeiro grau o Tribunal Diocesano (cânones 1.419-1.437), tendo como juízo de segundo grau o Tribunal Metropolitano, também chamado Tribunal do Arcebispo (cânones 1.438-1.441). Como órgãos de terceiro grau ou de instância extraordinária, ou especial, os Tribunais da Sé Apostólica, constituídos pela Rota Romana e o Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica (cânones 1.442-1.445), salientando-se que o Romano Pontífice é sempre o juiz supremo em todo o orbe católico da Igreja do Ocidente ou Igreja Latina (cânones 1.404-1.442).

O processo, na codificação canônica de 1983, divide-se em contencioso ordinário, contencioso oral, especial, administrativo e penal, constituindo-se procedimento residual o contencioso ordinário, para todas as causas a cujo procedimento a lei não atribuir outro rito, como soe ocorrer com as causas matrimoniais, nas quais deve atuar também o defensor do vínculo (cânon 1.430). O processo sumário puro, criado pela "Clementina Saepe Contingit" de 1314, não foi expressamente adotado pela atual codificação. No entanto, é sabido que o procedimento contencioso oral deve concentrar-se em uma só audiência, como no Código Austríaco de Franz Klein e no atual Código General Del Proceso, do Uruguai (arts. 340-342), em vigor a partir de 20 de novembro de 1989.

Os provimentos judiciais, que se incluem no gênero denominado "Dos Pronunciamentos do Juiz", (cânon 1.607), estão divididos em *sentenças definitivas, sentenças interlocutórias* e *decretos*. A sentença definitiva deve estar exornada da *certeza moral* sobre a verdade dos fatos, requisito que, segundo a doutrina canônica, oportuniza ao juiz uma sentença justa, qualidade sentencial que o canonismo sempre exigiu no andar dos tempos. A sentença definitiva válida e justa está contingencialmente sujeita ao recurso da *"appellatio"*, e se transitada em julgado após duas sentenças conformes, submetida à *"restitutio in integrum"*, em determinadas hipóteses. As sentenças interlocutórias,

classificadas pelo Concílio de Trento (1545 a 1563, em "*interlocuoriae vim definitivae habentes*", também chamadas mistas, e "*interlocutoriae simplices*", sendo apeláveis as primeiras e irrecorríveis as segundas, por serem revogáveis a qualquer tempo, antes da sentença final (cânon 1.629, § 4º). Os decretos são provisões judiciais para solução de atos processuais que não tenham a categoria de sentença definitiva (cânon 1.629, §§ 4º e 5º).

Assim, deve-se notar que, também na área do processo estatal, vem a canonística, desde os primeiros tempos, oferecendo continuadas contribuições à formação de institutos e práticas processuais contempladas por esse setor da ordem jurídica em tempos atuais.

Contribuições da canonística à formação dos institutos de direito de família na área do direito estatal

Além das contribuições da canonística registradas acima, acerca da formação e adoção de regras e práticas a serem observadas em outros ramos da ordem jurídica estatal, é, sem dúvida, na esfera do direito de família que tais contribuições da canonística se revelam com maior intensidade e relevância. É de notar-se que essas contribuições vêm desde épocas anteriores, pois já as *Decretais* de Gregório IX, de 1234, dedicavam inteiramente o seu Livro IV para tratar dos "*connubia*". Isso vem ocorrendo indubitavelmente, porque a constituição da família, que modernamente é considerada **base da sociedade** na expressão constitucional, tem sua gênese e formação inicial nos primeiros seres humanos habitantes do Mundo, de modo que, desde então, tornou-se necessária a instituição de regras e comportamentos para preservar e disciplinar a vida, as funções, as garantias, direitos e deveres da célula familiar e dos seus componentes e, tal como registra a história, foi nas instituições canônicas que se plasmaram inicialmente os primeiros regramentos dessa entidade humana.

Concreta e materialmente, as primeiras e principais fontes do direito de família consubstanciadas nas regras sobre casamento, impedimentos e causas suspensivas que maculam ou transformam a eficácia do ato nupcional; nas formas comuns e excepcionais da sua deliberação pelos nubentes; a legitimidade ou não da filiação etc. estão na canonística, emanadas desde as primeiras Encíclicas, Bulas e outras manifestações papais e, ainda, em compilações privadas de prelados católicos, que vêm sendo sedimentadas na multissecular atuação da Igreja do Ocidente, para cumprir os seus próprios desígnios, na missão de ensinar, santificar e reger os destinos do seu povo.

Assim, exercendo seu poder normativo, a Igreja do Ocidente define e

caracteriza o pacto matrimonial (cânon 1.055), ao proclamar sua unidade e indissolubilidade (cânones 1.057 e 1.058), proscrevendo implicitamente a poligamia; estabelece os impedimentos matrimoniais (cânones 1.077 a 1.078); as invalidades do ato conjugal entre parentes na linha reta de consanguinidade, do parentesco afim e na linha transversal (cânones 1.091 e 1.092); a incapacidade para contrair núpcias na falta de idade núbil (cânones 1.095 e 1.096); as formalidades exigidas para a validade desse ato solene (cânones 1.108 a 1.123); a dispensa de formalidades e requisitos para os casamentos *in extremis* inclusive sob a forma nuncupativa (cânon, 1.068); os efeitos positivos e negativos do matrimônio (cânones 1.134 a 1.140); os deveres recíprocos dos cônjuges entre si e com os filhos (cânones 1.134 a 1.140); a dissolução por anulação do ato conjugal, quando não consumado, por inexistência de sexo entre os cônjuges (cânones 1.141 e 1.142); a separação dos cônjuges com dissolução do vínculo (cânones 1.143 a 1.150) e sem dissolução do vínculo (cânones 1.151 a 1.155); os esponsais (*sponsalia de presenti*) não obrigam a realização do casamento (cânon 1.062, § 1º e *sponsalia de futuro*), prescrevendo a reparação civil quando cindido unilateralmente o pré-contrato matrimonial (cânon 1.062, §§ 1º e 2º); e muitos outros casos específicos poderiam ser aqui trazidos à baila.

A par das prescrições canônicas expedidas pelas mais remotas manifestações epistolares da Igreja no andar dos tempos e agora positivadas na própria codificação oficial, a doutrina eclesial vem buscando variadas interpretações sobre situações pertinentes ao direito de família, notadamente quanto às tratadas no Concílio de Trento (1.545-1.563) e mais recentemente na Encíclica *casti connubii*, de Pio XI. Um dos exemplos dessa interpretação, que se alicerça no âmbito do direito divino, diz respeito ao adultério, segundo a qual o descumprimento desse dever conjugal por um dos nubentes não constitui causa para a dissolução do vínculo para o casamento ratificado e consumado (cânon 1.141), devido à sacralidade desse ato nupcial, salvo a hipótese referida no cânon 1.152[46]. Muitas outras posições interpretativas acerca das normas positivadas na codificação canônica oficial vêm sendo tomadas pela doutrina eclesial[47].

---

46 HORTAL, Pe. Jesus. *Código de Direito Canônico*. (Comentado), trad. Portuguesa. São Paulo: Ed. Loyola, 1987 (Codex de 1983). Comentários aos cânones 1.141 e 1.152, Edições Loyola, p. 502, 503, 508 e 509.

47 Para a verificação extensiva dessas manifestações interpretativas, consultar a obra de HORTAL, Pe. Jesus. *Código de Direito Canônico*. (Comentado), trad. Portuguesa. São Paulo: Ed. Loyola, 1987.

Constata-se, assim, as mais efetivas contribuições canônicas, com anterioridade multissecular e com enorme prevalência na área do direito de família, porque este é o setor tutelar da ordem jurídica das relações mais próximas íntimas e valorativas da vivência humana.

REFERÊNCIAS

ABADIA, Jesus Lalinde. *Derecho Histórico Español*. Barcelona: Edição Ariel, 1974.

ACEBAL, Juan Louis. *Código de Derecho Canónico*, Ed. Bilíngue comentada (latim-español), Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 1985.

ARIAS, José Salazar. *Dogmas e Cânones de La Iglesia em el Derecho Romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954.

AZNAR, Frederico. *Código de Derecho Canónico*. Ed. Bilíngue Comentada. Cânon 129. Madrid: Ed. BAC, 1985, p. 104.

CIPROTI, Pio. *Lezioni di Diritto Canônico*. Padova, Ed. CEDAM, 1943.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

_____. *Jurisdição e Poder*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987.

DE ANTA, Marcelino Cabreros. *Código de Derecho Canónico Comentado* (de 1917). Ed. Bilíngue (Latim-español). Madrid: Ed. BAC, 1976.

DELLA ROCCA, Fernando. Appunti sui gravami nel Processo Canónico. In: *Saggi di Diritto Processuale Canónico*. Padova: Ed. CEDAM, 1961.

DOMINGUEZ, Lourenzo Miguélez. *Código de Derecho Canónico Comentado* (de 1917). Madrid: Ed. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 1976.

ECHEVERRIA, Lamberto de. "Prefácio" del *Código de Derecho Canónico Comentado* (de 1983). Ed. Bilíngue (Latim-español). Madrid: Ed. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 1985.

FALCO, Mario. *Introduzioni di Diritto Canónico*. Milano: Edizione Giufrè, 1984.

GARCIA y GARCIA, Antonio. *História Del Derecho Canónico – El Primer Milenio*. Salamanca, 1967.

GIGANTE, José Antonio Martins. *Instituições de Direito Canónico*. Braga: Ed. Escola Tipográfica da Of. São Jose, 1951.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOMES DA SILVA, Nuno Espinosa. *História do Direito Português*.

Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GUASP, Jaime. *Comentários à Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*. Tomo I. Madrid: Aquilar Editor, 1948.

HERNANDEZ, Miguel Moreno. *Derecho Procesal Canónico*. Madri: Ed. Aguilar, 1956.

HORTAL, Pe. Jesus. *Código de Direito Canónico* (Comentário). São Paulo: Edições Loyola, 1987.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Appunti Sulle Impugnazioni* (ristampa). Milano: Ed. Cisalpino Golliardica,1961.

LOMBARDIA, Pedro. *Lezioni di Diritto Canónico*. Milano: Ed. Giuffrè, 1984.

MARRYMANN, Johnm Henry. *La Tradición Juridica Romano-Canónica*. Trad. espanhola de Carlos Sierra. México: Ponto de Cultura, 1971.

PELLEGRINO, Piero. *I Provvedimenti Interlocutori nella Teoria canonistica delle Impugnazioni*. Padova: Ed. CEDAM, 1969.

PERTILE, Antonio. *Storia Del Diritto Italiano.* V. VI (Storia della Procedura). Torino: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1990.

SALVIOLI, Giuseppe. *Storia Del Diritto Italiano.* V. II. Frankfurt: Ed. Sauer Auvermann KG, Libreria, O. Sozzini, Flrenze, 1969.

TORQUEBIEAU, P. Raoul Naz. *Traité de Droit Canonique*. Paris: Letouzei et Ané, Editeurs, 1954.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno.* Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

Cassiane Araujo Boeira
Ida Beatriz De Luca

INTRODUÇÃO

Por disposição expressa da Constituição da República Federativa do Brasil, é garantido o direito à herança. Tal garantia, elencada no art. 5º, inciso XXX, é considerada, como todas as outras garantias individuais e coletivas relacionadas no artigo, algo de primordial importância ao cidadão e à sociedade.

A inclusão do direito de herança em um dos incisos do art. 5º dá a ela o *status* de direito fundamental, sendo expressamente vedada qualquer proposta de emenda tendente a abolila (art. 60, §4º, CF).

Entretanto, em que pese a importância dada ao direito de herança por nosso ordenamento jurídico, não são raros os casos em que o filho herdeiro se vê preterido, impedido de alcançá-la.

É o caso, por exemplo, do filho socioafetivo não reconhecido em vida pelo autor da herança.

Para tal situação, o ordenamento oferece remédios como a ação de petição de herança e a ação de investigação de filiação, que poderão ser manejadas pelo filho para que veja declarada sua condição de herdeiro e, por corolário, alcance seu quinhão.

Há de ser observado, por fim, o prazo prescricional, que, embora não atinja a ação de investigação de paternidade, tem o condão de fulminar a pretensão de herança.

1 DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

1.1 Filiação Biológica e Filiação Socioafetiva

A Constituição Federal, em seu art. 227, § 6º, exara que os filhos têm os mesmos direitos, proibindo qualquer distinção e/ou discriminação entre eles, interpretando-se que

desimporta o modo de constituição e reconhecimento da filiação.

O Código Civil de 2002, em linhas gerais, assumiu a absoluta igualdade dos filhos e a ausência de restrições na pesquisa da verdadeira paternidade biológica. A grande falha encontrada nesse *Codex* é não ter sido criado critério para a verdade socioafetiva, cada vez mais presente nas relações entre pais e filhos, como único vínculo estabelecido.

Além da paternidade biológica, mantém o Código de 2002[1] a paternidade legal ou presumida pelo simples fato do nascimento, com a finalidade de preservar ao máximo a família como estrutura básica e ética da sociedade constitucionalmente protegida. Essa presunção estabelecida pela lei é *juris tantum*, cedendo mediante prova da não relação biológica entre a criança e o suposto pai, sendo essa ação imprescritível.[2] Há quem entenda ser de natureza mista. Tendo algo de absoluta sem ser absoluta, admitindo prova em contrário como as relativas, porém com excepcionalidades, pois cria um ônus de prova para o pai que pretenda contestar a paternidade.

Essa presunção é cada vez mais discutida em juízo em razão da busca da verdade biológica.

Se de um lado houve uma proteção ao filho biológico no atual Código Civil, podendo o filho investigar sua origem biológica, e sendo esta ação imprescritível, nada constou acerca da possibilidade de investigar a paternidade ou maternidade socioafetiva quando esta não estiver de direito estabelecida, isto é, quando não houver registro de nascimento constando os pais socioafetivos.

---

1 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

2 Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

A doutrina amplamente demonstra a posse do estado de filho como uma das possibilidades de paternidade fática. Assim nasce a posse do estado de filho quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não corresponde à verdade, mas a aparência faz com que todas as pessoas acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. Nesse caso surge a teoria da aparência, que no caso da filiação nasce com o vínculo da paternidade, isto é, a realidade corresponde a uma aparente relação paterno-filial. Nessa seara encontra-se a filiação socioafetiva, isto é, no reconhecimento da posse do estado de filho que traz a condição de filho fundada em laços de afeto.

Segundo Maria Berenice Dias, para que haja o reconhecimento da posse do estado de filho, deverá haver a conjunção de três aspectos: *tractatus* – quando o filho é tratado como tal, criado e educado e apresentado como filho pelo pai e mãe; *nominatio* – usa o nome da família e assim se apresenta; e *reputatio* – é conhecida pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Há verossimilhança à aparência e assim o direito considera satisfatória.[3]

Qualquer meio de prova admitido em direito pode ser utilizado para comprovar o estado de filiação. Entende-se, contudo, que deverá haver começo de prova documental proveniente dos pais, ou presunções veementes que demonstrem a situação fática construída.

A doutrina considera, como início de prova por escrito dos pais, cartas, declaração de filiação para fins de imposto de renda e anotações dando conta do nascimento do filho.

Assim a paternidade e maternidade biológica nada valem diante do vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, participando fatica e afetivamente da sua vida.

Claramente se vislumbra que a Constituição Federal abandonou a primazia da origem biológica, quando equiparou os filhos naturais e os adotados atribuindo a prioridade absoluta à convivência familiar.[4]

Conclui-se que a posse do estado de filho consolidada no tempo predomina sob o critério biológico, impedindo o exercício de impugnar a paternidade baseada no critério genético.[5]

---

3 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 340.

4 LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2012, p 227.

5 LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2012, p 238.

1.2 Critérios para estabelecimento da paternidade/maternidade ou filiação

Segundo Edson Fachin, existem três critérios para estabelecimento da paternidade, maternidade ou filiação, sendo estes a verdade legal, verdade biológica e verdade socioafetiva.[6]

Até a Constituição de 1988 prevalecia o critério legal, ou seja, era filho aquele que a lei determinava, mesmo que todos soubessem que não era o filho biológico daqueles que figuram como pai ou mãe.

No Código Civil de 1916, havia prazos decadenciais curtíssimos para que o marido contestasse a paternidade.

No Código de 2002, há a predominância da verdade biológica estabelecendo inclusive a imprescritibilidade da possibilidade de contestar a paternidade.[7] Porém, com o passar dos tempos, coube à doutrina e à jurisprudência estabelecer critérios para ajustar a possibilidade de contestação da paternidade para não criar insegurança jurídica nas relações familiares.

Ainda na vigência do Código de 1916 era possível atenuar o critério da verdade legal. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, havia a possibilidade de ação de impugnação ou desconhecimento da paternidade que poderia ser ajuizada quando havia falta de identidade entre a criança nascida da mulher e a pessoa que traz a condição de filho, nos casos de simulação de parto, falsidade ideológica ou instrumental do assento de nascimento. Essa ação era imprescritível e poderia ser ajuizada tanto pelo pai como pela mãe.

Tem-se como certo que todas as ações de estado são imprescritíveis, porém as consequências jurídicas decorrentes dessas ações podem sofrer algumas restrições.

No entanto, ainda que imprescritível, a pretensão impugnativa será exercida não só pela prova da inexistência do vínculo biológico, mas deve-se incluir a ausência de vínculo socioafetivo.

1.3 Critério socioafetivo

Não há referência expressa no Código Civil acerca desse critério, porém tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem estar presente em nosso sistema jurídico, sendo que a própria Constituição Federal em seu art. 227, § 6º, proíbe qualquer distinção entre os filhos, independente do critério.

---

6 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade – relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996.

7 Art. 1.601 CC – Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

O texto constitucional abrange as vertentes sociológicas das novas famílias, incluindo-se, então, o critério socioafetivo.

A relação socioafetiva entre filho e pai ou mãe não pode simplesmente se presumir pela passagem do tempo, é preciso averiguar se existe ou não a relação socioafetiva. É preciso que realmente haja uma relação baseada no afeto para que seja caracterizada.

1.4 Investigação de paternidade

Conforme previsto na Lei 8.560/92, pode o filho ingressar com ação de investigação de paternidade para buscar sua verdade biológica, independente que esteja registrado em nome de outra pessoa.

No Código Civil há previsão da possibilidade de o pai contestar a paternidade de seu filho, na busca da verdade biológica, conforme prevê o art. 1.601, sendo tal ação imprescritível.[8] Tal previsão visa desconstituir o vínculo entre pai e filho decorrente da presunção legal de paternidade (*pater is est*).

Pode ainda o registro de nascimento decorrer de adoção ou falsidade, não havendo vedação para que o investigante promova a investigação de sua paternidade.

Para que os efeitos constitutivos da ação sejam alcançados, no que se refere à bsuca do reconhecimento da paternidade, é necessário que se comprove a inexistência da paternidade socioafetiva, em razão desta prevalecer sobre qualquer outro vínculo paterno filial. Dessa forma, segundo entendimento dominante na doutrina e jurisprudência atual, deve-se ampliar o objeto litigioso para além da busca da verdade biológica, a busca da não existência de vínculo de filiação gerador da posse do estado de filho.[9]

Em relação à imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade, se deve entender que o art. 1.614 do Código Civil não pode ser aplicado, pois o prazo de quatro anos estabelecido pela lei civil para impossibilitar a investigação de paternidade do filho nascido na constância do matrimônio estaria dando tratamento desigual em relação aos demais filhos.[10]

---

8 Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.
Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

9 Segundo Maria Berenice Dias, a verdade socioafetiva deve prevalecer sobre os demais critérios da filiação. DIAS, Maria Berenica. *Manual de Direitos das Famílias*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

10 Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplica esse prazo apenas nos casos de reconhecimento em que o filho pretenda somente desconstituí-lo, mas não nos casos em que o filho pretenda a declaração da paternidade e o cancelamento do registro civil existente.

O entendimento atual é a possibilidade de investigação da paternidade a qualquer tempo, sendo essa ação imprescritível, porém encontrando como única barreira para alteração do estado de filiação a preexistência de paternidade socioafetiva.

Havendo um vínculo de afeto entre o pai e o filho, nem um nem outro poderá romper esse vínculo apenas por não corresponder ao critério biológico.

1.5 Do direito à origem genética como direito de personalidade, sem vínculo com o estado de filiação

O estado de filiação decorre dos vínculos afetivos desenvolvidos entre pai e filho e constitui fundamento para atribuição da paternidade e maternidade.

De outra banda, o direito ao conhecimento da origem genética decorre do direito de personalidade.

Poder-se-ia distinguir o pai como aquele que cria, e o genitor como aquele que gera. Esses conceitos estiveram unidos enquanto houve a primazia da função biológica da família, porém hoje a família é muito mais que questões biológicas, pois há prevalência do afeto nas relações estabelecidas.

Assim, independente de estar estabelecida uma filiação socioafetiva, se deve entender como possível o conhecimento da origem biológica da pessoa sem qualquer alteração no estado de filiação já estabelecido.

Para justificar a possibilidade de conhecimento da origem genética, deve-se pensar nas realidades da ciência para preservação da saúde e da vida. Assim, aquele que conhece sua origem genética poderá tomar certas precauções acerca de possíveis doenças e tratamentos.

A causa de pedir nessas ações é o fato da concepção decorrente do contato sexual entre os genitores. É preciso ainda reequacionar a distribuição do ônus probatório feito pelo art. 333 do CPC. Ao Autor, atualmente, cabe a demonstração da possível relação íntima entre sua mãe e o suposto pai, e a este provar por meio do exame de DNA, que é uma prova pericial, que não há vínculo biológico com o Autor.

Atualmente há súmula no STJ prevendo que a negativa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA gera presunção *juris tantum* de paternidade.[11]

11 Súmula 301 STJ – Em ação de investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

Mesmo com a recusa do suposto pai, cabe ao investigante provar minimamente com provas indiciárias a existência do relacionamento íntimo entre sua mãe e o investigado.

Ausente a paternidade socioafetiva entre o investigante e outra pessoa, a procedência da ação de investigação de paternidade alterará a filiação, criando um vínculo de direito de família entre autor e réu. E no caso de o pai ser falecido, o direito sucessório em relação à herança deixada pelo pai.

Presente a paternidade socioafetiva, a prova do vínculo biológico apenas gerará a certeza quanto à origem genética do investigante, não modificando qualquer vínculo de filiação previamente estabelecido.

Pode-se dizer que o vínculo de afeto existente entre pai e filho previamente estabelecido prevalece em relação ao vínculo biológico.

Recentes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXISTÊNCIA DE PAI REGISTRAL. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil. A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente é possível quando há nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, demonstração de cabal ausência de qualquer relação socioafetiva entre pai e filho. Estando demonstrada nos autos a filiação socioafetiva, a paternidade impera sobre a verdade biológica. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045006293, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 11/04/2012).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DE COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. CABIMENTO. Havendo circunstâncias que autorizem, ao juiz é possível determinar que a parte postulante do benefício da gratuidade de justiça comprove sua incapacidade financeira, a fim de que possa ser feito juízo de valor sobre se se trata, efetivamente, de parte necessitada. RESERVA DE BENS. A reserva de bens é medida cautelar sujeita aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, visando garantir o resultado útil de eventual procedência de ação de investigação de paternidade. Presentes os requisitos necessários ao deferimento da medida. Agravo de instrumento parcialmente provido. (Agravo de Instrumento Nº 70045704665, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 11/04/2012).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Possibili-

dade jurídica do pedido. O pedido do autor é para que seja reconhecida a relação de filiação entre ele e o réu. Logo, não importa quem é sua mãe biológica, registral ou socioafetiva. O que importa é que esse pedido encontra expresso amparo legal no art. 1.606 do Código Civil, sendo, portanto, juridicamente possível. Prescrição. A partilha realizada sem a participação de herdeiro necessário padece de nulidade absoluta, a qual não convalesce com o tempo e não se sujeita aprazo decadencial ou mesmo prescricional. Litisconsórcio necessário. Embora todos os herdeiros do investigado sejam litisconsortes passivos necessários na ação de investigação de paternidade proposta contra o autor da herança, a questão vai superada nos termos do art. 249, §2º, do CPC, segundo o qual, "Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta." A paternidade. O autor viveu mais de cinquenta anos como sendo filho de seu pai registral, recebeu dele a herança e nunca teve contato com seu pai biológico. Logo, apesar de o exame de DNA ter demonstrado que o autor é filho biológico do réu, essa paternidade biológica não se sobrepõe à posse do estado de filho ostentado pelo autor durante toda a sua vida e que passou a fazer parte de sua identidade. REJEITARAM AS PRELIMINARES. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70046254868, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/03/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROCESSO EXTINTO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO SOB ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O PAI REGISTRAL. DESCABIMENTO. 1. O pedido formulado na inicial é juridicamente possível, uma vez que a existência de paternidade socioafetiva – sequer invocada pelo réu – somente é oponível pelo próprio filho, contra aquele que o reconheceu voluntariamente como tal e resolve postular a revogação do reconhecimento, salvo comprovado erro. 2. Mesmo que se tenha configurado a paternidade socioafetiva do apelado para com o reconhecente, tal não é óbice à pretensão do autor de investigar sua origem biológica e ver constituído o vínculo de paternidade com seu verdadeiro pai, com todas as consequências jurídicas decorrentes. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70045514791, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/03/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM NULIDADE DE PARTILHA E PETIÇÃO DE HERANÇA. PAI FALECIDO. COISA JULGADA. PRESCRIÇÃO. EXAME DE DNA REALIZADO COM AMOSTRAS DE SANGUE DE UM FILHO BIOLÓGICO DO SUPOSTO PAI. PROBABILIDADE DE PATERNIDADE SUPERIOR A 99,95%, INDICANDO QUE O

AUTOR PERTENCE À MESMA LINHAGEM DO INVESTIGADO. Tratando-se de investigação de paternidade, não há coisa julgada sem exame de DNA, porquanto os efeitos da coisa julgada, em ações de investigação de paternidade, sofrem alguma distensão, em face da possibilidade de um juízo de certeza advinda dos avanços do DNA. Resultado do exame de DNA que é conclusivo no sentido de afirmar a paternidade, nada aportando aos autos para inquinar a idoneidade do respectivo laudo. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70046265674, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/03/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM DESCONSTITUIÇÃO DE REGISTRO DE PATERNIDADE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. JUNTADA DE DOCUMENTOS. POSSIBILIDADE A QUALQUER TEMPO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. DECADÊNCIA. DESCABIMENTO. A pretensão à declaração da paternidade é imprescritível. A regra do art. 1.614 do Código Civil só é aplicável ao filho que pretende apenas desconstituir o reconhecimento da filiação, mas não aquele que busca a declaração da paternidade e o cancelamento do registro civil existente. Precedentes do STJ. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUSÊNCIA DE PROVA. Inexistente nos autos prova da relação de afetividade entre as partes, não há vingar a tese de paternidade socioafetiva da apelada com o pai registral. EXAME DE DNA. NÃO COMPARECIMENTO DO INVESTIGADO. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE PATERNIDADE. A recusa imotivada do investigado em submeter-se ao exame de DNA gera presunção *juris tantum* de paternidade. Caracterizado o desinteresse do investigado em produzir prova essencial ao deslinde da ação, não havendo prova em sentido contrário, imperioso reconhecer a paternidade. Apelação desprovida, de plano. (Apelação Cível Nº 70045399300, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 23/03/2012).

Destarte, segundo Paulo Lôbo, o direito ao reconhecimento genético está ligado a que toda pessoa humana é titular do direito à vida. Em relação à saúde, as ciências biológicas têm salientado a importância desse conhecimento em razão da prevenção da ocorrência de doenças que poderiam acometer os parentes biológicos com possibilidade de igualmente acometerem aquele que possui vínculo genético.[12]

12 LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2012, p 227.

2 DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

É muito recorrente que o filho socioafetivo seja preterido em sua posição de herdeiro legítimo, em razão de ainda não ter sido legalmente declarada sua condição de filho.

Para reparar situações como essa, o Código Civil, em seu Livro V, Capítulo VII, artigos 1.824 a 1.828, prevê a ação de petição de herança, no intuito de alcançar ao herdeiro filho o quinhão que lhe cabe.

2.1 Breve noção histórica

Segundo Paulo Nader[13], a origem histórica da ação petição de herança encontra-se no Direito Romano, sob a denominação *hereditatis petitio* ou *vindicatio generalis*. Sua finalidade era proteger o quinhão do herdeiro legítimo ou testamentário quando preterido por outro herdeiro (este chamado de possuidor *pro herede*), ou por quem não possuía qualquer título (chamado de *possuidor pro possessor*), inclusive o que adquiria a posse por violência ou subtraindo a coisa alheia.

Nesse panorama, a parte legitimada a intentar a ação era apenas aquela que se intitulava sucessor legítimo ou testamentário, a quem, por conseguinte, cumpria a prova de sua qualidade de herdeiro. Cabe salientar que, posteriormente, a ação também foi permitida àqueles que se achavam em situação análoga à de herdeiro.

A princípio, o herdeiro aparente[14] (*possessor pro herede*) era o sujeito passivo da ação. Mais tarde, também tornou-se possível propor a ação em face daquele que mantinha a posse do bem, sem, no entanto, alegar a condição de herdeiro (*possessor pro possessore*).

Nader refere ainda que o Direito Comparado registra três sistemas no tocante à petição de herança[15]:

> Alguns Códigos, entre os quais o francês, o português, o argentino, se limitam a uma ou outra disposição dispersa. O código de Beviláqua, considerando-se as regras do parágrafo único do art. 1.580 e art. 1.600, seguia tal orientação.

13 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. V. 6: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 156.

14 "Herdeiro aparente vem a ser o que, não titular de direito sucessório, é tido, entretanto, como legítimo proprietário da herança." ALMADA, Ney de Mello. *Direito das Sucessões*. Editora Brasiliense. TOMO I, p. 226.

15 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. V. 6: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 153.

> Para outros sistemas, ao qual se filiam os Códigos brasileiro, holandês, chileno, austríaco, a petição de herança é objeto de uma regulamentação sumária, não exaustiva. Finalmente, há os Códigos, como o alemão, o suíço e o peruano, que se dedicam amplamente à matéria.

No ordenamento pátrio, o Código de Beviláqua pouco tocou no tema[16], embora a ação fizesse parte da prática forense. Já o atual código, debruça esforço de um capítulo sobre a matéria, do art. 1.824 ao art. 1.828, sem, contudo, exauri-la.

2.2 Conceito e aspectos processuais

Arnaldo Rizzardo[17] ensina que a ação de petição de herança é um modo de defender e impor o título hereditário aos casos em que algum herdeiro tenha sido excluído do inventário e da partilha. Tal instrumento processual garante nada menos do que a efetividade do princípio da transmissão imediata da posse e do domínio, denominado princípio da *saisine*.

Acrescenta-se que a ação de petição de herança visa garantir a eficácia de um direito fundamental previsto expressamente no art. 5º, XXX[18], da CF.

No plano infraconstitucional, o artigo 1.824 do Código Civil dispõe: "O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua."

Assim, pela petição de herança, o herdeiro busca o reconhecimento judicial de seu direito sucessório para poder alcançar a parte do quinhão que lhe cabe, contra quem o possui[19].

---

16 No Código Civil de 1916, a petição de herança fundava-se no art. 1.580, parágrafo único: "Qualquer dos coerdeiros pode reclamar a universalidade da herança ao terceiro, que indevidamente a possua, não podendo este opor-lhe, em exceção, o caráter parcial do seu direito nos bens da sucessão."

17 RIZZARDO, Aranaldo. *Direito das Sucessões*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 131.

18 É garantido o direito de herança.

19 "A demanda do presumido herdeiro em torno da herança pode ocorrer fundamentalmente contra terceiro estranho à vocação hereditária; contra herdeiro aparente ou quem indevidamente se arvora herdeiro ou contra herdeiro que pretende parcela maior daquela que lhe é devida." VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* direito das sucessões. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 102.

Explica Zeno Veloso[20] quem é o réu da ação de petição de herança:

> O réu é a pessoa que não tem título legítimo de herdeiro e, não obstante, possui bens da herança total ou parcialmente [...] ou seja, no polo passivo desta ação está o falso herdeiro, ou o que possui a herança, ou parte dela, sem título algum

Alguns autores[21] sustentam a existência de duas ações distintas, uma para cada pedido, quais sejam, o reconhecimento da qualidade de herdeiro e a restituição de bens. Em contrapartida, esclarece Venosa[22]: "A ação de petição de herança objetiva não somente o reconhecimento da qualidade de herdeiro, mas também e principalmente sua integral satisfação no tocante ao acervo hereditário".

Ou seja, embora se exija a prova da qualidade de herdeiro, o intuito final do autor na ação de petição de herança é alcançar seu direito de posse ou propriedade. Daí tratar-se de ação que será resolvida, em caso de procedência, por sentença com eficácia predominantemente condenatória, o réu será compelido à entrega do quanto possua indevidamente[23].

A ação de petição de herança, em que pesem as semelhanças, não se confunde com a ação reivindicatória. Aquela se particulariza exatamente pelo pressuposto do reconhecimento da condição de herdeiro, além do que tem como fundamento a herança em sua universalidade (art. 1.825, CC). Esclarece Rizzardo[24]:

> Distingue-se substancialmente da reivindicatória, em vista de que, nesta,

---

20 VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil Comentado*. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.521.

21 "Entendem alguns, citando-se, por todos, Carvalho Santos, que a *petitio hereditatis* possui natureza mista, compondo-se assim o raciocínio que sustenta tal doutrina: dois segmentos encerra o tema, o inicial exibindo índole eminentemente pessoal, por que se destina à apuração do título hereditário, ao passo que o segundo, de natureza real, guarda pertinência com a reivindicação universal do patrimônio.
Outros advogam que se cuida de ação pessoal, em seu exercício pondo-se em jogo apenas o título hereditário.
Um terceiro elenco de opinião a entende como ação real, e a este nos incorporamos. A herança é considerada bem imóvel, sendo uma universalidade de bens [...]". ALMADA, Ney de Mello. *Direito das Sucessões*. Editora Brasiliense. TOMO I, p. 229.

22 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: direito das sucessões. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 103.

23 ALMADA, Ney de Mello. *Direito das Sucessões*. Editora Brasiliense. TOMO I, p. 229.

24 RIZZARDO, Aranaldo. *Direito das Sucessões*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13

> procura o titular do direito o reconhecimento do próprio bem, enquanto na petição de herança persegue-se o quinhão, às vezes sem especificar os bens.
>
> O objeto, aliás, da petição centraliza-se na busca do quinhão – nem sempre individuável, diferentemente do que se dá com a reivindicatória. Tem a petição de herança caráter universal, visando o pretendente o reconhecimento de seu direito sobre a universalidade da herança.
>
> Além de real, trata-se de ação *universal*. O autor não visa a um bem certo e determinado, como coisa singular e individualizada, senão a uma universalidade, que, a rigor, constitui o *fundamento* e não, propriamente, o objeto da ação. Daí não configurar irrisão alguma o ônus, imputado ao autor, de provar que coisa ou coisas possuídas pertenciam ao *de cujus*, ao lado de patentear que é herdeiro.

Não é demais dizer que a ação de petição de herança tem como título a qualidade hereditária, enquanto a ação reivindicatória tem a propriedade.

Cabe ressaltar ainda que, exatamente por ter a possibilidade de buscar algo indeterminado[25], a herança enquanto universalidade, a ação de petição de herança não se presta à tutela dos direitos do legatário, que não integra a categoria de herdeiro. É nesse sentido a doutrina de Almada[26]:

Tal ação pode ser ajuizada antes ou após a sentença de partilha e o autor deve provar sua condição de herdeiro legítimo ou testamentário. Como refere Almada[27], a prova da qualidade de herdeiro pode ser pré-constituída ou ser deduzida no curso da ação, como no caso de cumulação com a ação de investigação de paternidade, esta como prejudicial lógica daquela.

É recorrente a cumulação das ações de investigação de filiação e petição de herança, que, entretanto,

25 Conforme salientado em capítulo próprio, a herança é um todo uno e indivisível, aplicando-se as regras relativas ao condomínio até que ocorra a partilha (art. 1.791 do CC). Assim sendo, a ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários (art. 1.825 do CC). É semelhante à regra presente no condomínio, pela qual qualquer um dos condôminos tem o direito de defender a coisa como um todo, mesmo sendo titular de apenas parte dela. Perante terceiros, que não os demais condôminos (no caso, coerdeiros), cada herdeiro age como se fosse proprietário exclusivo do todo. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. V. 6: direito das sucessões. 5. Ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 103.

26 ALMADA, Ney de Mello. *Direito das Sucessões*. Editora Brasiliense. TOMO I, p. 229.

27 ALMADA, Ney de Mello. *Direito das Sucessões*. Editora Brasiliense. TOMO I, p. 226.

não se confundem. A primeira é ação de estado e a segunda tem cunho patrimonial. Leciona Nader[28]:

> A investigatória constitui, em muitos casos, um instrumento para se lograr a procedência da petição de herança. Por ela o requerente visa ao certificado de sua filiação, enquanto pela outra o objetivo é o reconhecimento do direito hereditário, cujo resultado prático deve ser a entrega, pelo réu, da herança como um todo ou quota-parte. A sentença na ação de petição de herança, enquanto vise à restituição de bens, é condenatória; já na investigação, é de natureza declaratória. No tocante ao reconhecimento da qualidade de herdeiro a sentença contém declaração.

Nader[29] chama a atenção para a legitimidade ativa. A ação deve ser ajuizada necessariamente por quem se diz herdeiro, e nessa condição, o espólio não possui legitimidade para tanto. Ainda que o espólio seja dotado de *capacidade judiciária*, o interesse de agir é somente do herdeiro. E refere: "os situados em classe sucessória imediatamente inferior à do herdeiro renunciante possuem legitimidade para a ação, uma vez que assumem a condição de sucessores".

Igualmente importante é a questão relativa aos frutos produzidos pelo acervo hereditário e à indenização pelas benfeitorias realizadas no bem.

A resposta para essas questões está no art. 1.826, CC, segundo o qual, tudo dependerá da boa ou má-fé do herdeiro possuidor. Dispõe o referido artigo que

> o possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, fixando-se-lhe a responsabilidade segundo a sua posse, observado o disposto nos arts. 1.214 a 1.222.
>
> Parágrafo único. A partir da citação, a responsabilidade do possuidor se há de aferir pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora.

Segundo se pode interpretar, a boa-fé refere-se à ignorância de uma situação, ou seja, "desconhece o sujeito que perdeu a qualidade de herdeiro, e se trata, portanto, de boa-fé subjetiva [...]. Vale repetir que a boa-

28 Nader, citando Francesco Massineo, refere: "A petição de herança é ação de condenação, enquanto tende a obter a restituição de bens hereditários possuídos por outros, mas pode ser também ação de declaração positiva de certeza da qualidade de herdeiro. A petição assume este segundo e menos pleno aspecto, quando esteja em discussão a qualidade de herdeiro, mas não existia também posse de bens hereditários por parte de um não herdeiro." NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. V. 6: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 163.

29 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. V. 6: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 158-159.

-fé cessa com a citação do réu na ação de petição de herança e, a partir de então, devem ser aplicadas as regras referentes à má-fé."[30]

O foro para a propositura da ação é o da comarca em que tramita o inventário. Caso a partilha já tenha sido realizada, o ajuizamento deverá ocorrer no lugar onde o réu estiver domiciliado. Se houver mais de um réu, dada a divisão da universalidade dos bens, ocorrerá litisconsórcio passivo necessário[31] e o foro será fixado pelas regras gerais de competência.

2.3 Prescrição

No plano doutrinário, há anos, autores divergem acerca da imprescritibilidade, ou não, da *petitio hereditatis*.

Orlando Gomes defendia a imprescritibilidade da ação, nos seguintes termos:

> No rigor dos princípios, a ação é imprescritível. Ainda que tivesse natureza real, não prescreveria, como não prescreve a ação de reivindicação, a que se equipararia. Fosse ação pessoal, também seria imprescritível porque, destinada ao reconhecimento da qualidade hereditária de alguém, não se perde esta pelo não uso. Busca-se um título de aquisição. Seu reconhecimento não pode ser trancado pelo decurso do tempo. Há de ser declarado, passem ou não os anos.[32]

Assim, o herdeiro aparente, que está na posse dos bens, pode usucapir os bens que lhe foram alcançados, utilizando-os na convicção de que lhe pertenciam. Nesse caso, não é que a *petitio hereditatis* prescreveria, mas se tornaria inútil diante do título adquirido pela usucapião.

Ney de Mello Almada também traz à baila o raciocínio da ação reivindicatória para dizer que a seu respeito é apenas cogitável a usucapião. Pois a ação de petição de herança, "[...] irmanada à propriedade, participaria da mesma sorte da reivindicatória, escapando à fulminação prescricional."[33]

---

30 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. V. 6: direito das sucessões. 5. Ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 104 e 105.

31 Art. 94, CPC: A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.
§4º Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.

32 GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed. rev., atual e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 265.

33 ALMADA, Ney de Mello. *Direito das Sucessões*. Editora Brasiliense. TOMO I, p. 236.

Mais atualmente, Hironaka comunga da mesma opinião de Orlando Gomes, defendendo que "a petição de herança não prescreve. A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso sim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (*semel heres*, *semper heres*)"[34]

Esse é igualmente o pensamento de Tartuce[35], pois entende que a ação de petição de herança tem caráter predominantemente declaratório, o qual envolve, ainda, o direito fundamental à herança, previsto no art. 5º, XXX, da CF/88.

Sobre o entendimento, relembra Veloso[36] que o anteprojeto revisto de 1972 dispunha nesse sentido: "a petição de herança é imprescritível, ressalvadas as regras sobre usucapião relativamente a cada um dos bens singulares do acervo."

De outra parte, Caio Mário[37], entretanto, reconhece como imprescritível apenas a ação de estado, a qual busca o reconhecimento da filiação. Para a ação de petição de herança, tendo em vista seu cunho econômico, reconhece a prescrição de 10 anos, pela regra geral do art. 205 do novel CC.

Assim também é a lógica de Simão[38]. Ele entende que a ação de petição de herança tem conteúdo condenatório evidente:

> Sendo dotada de pedido de dar – entrega de bens que compõem o acervo hereditário –, existe uma *pretensão*, que se extingue pela prescrição (art. 189 do CC). Em outras palavras, pode-se dizer que a pretensão é a possibilidade conferida ao credor, autor da ação de petição de herança, de exigir do devedor, réu da ação, o cumprimento da prestação (entrega dos bens).

No campo jurisprudencial, a Súmula 149, do Supremo Tribunal Federal, definiu o tema dizendo que "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança."

---

34 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. C*omentários ao Código Civil*. 2. ed. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. V. 20, p. 196.

35 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. V. 6: direito das sucessões. 5. Ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 101.

36 VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil Comentado*. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.521.

37 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. VI, §436, p. 68. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. V. 6: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 158-166.

38 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. V. 6: direito das sucessões. 5. Ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012, p. 101.

Para todos os efeitos, há de se ter em mente que a contagem do prazo prescricional inicia-se com a abertura da sucessão, que é o fato gerador do direito pleiteado.

Entende-se que o prazo será de 10 ou 20 anos a depender da data da abertura da sucessão.

Isso porque a regra para o CC/16 era de 20 anos e, por imposição do art. 2.028 do atual CC[39], se em 10 de janeiro de 2003 já havia se passado mais da metade do prazo prescricional previsto, permanecerá vigente a regra prescricional do código revogado.

Exemplificando, se a abertura da sucessão se deu em janeiro de 1992, haviam transcorrido onze anos quando da entrada em vigor do novo CC. Portanto, mais da metade do prazo previsto pelo CC/16, que era de 20 anos. Nesse caso, a lei do CC/16 será aplicada ao caso concreto, contado-se mais nove anos a partir de 11 de janeiro de 2003.

Se a abertura da sucessão se deu em janeiro de 1996, havia transcorrido apenas sete anos quando da entrada em vigor do novo CC. Ou seja, menos da metade do prazo previsto pelo antigo código. Nesse caso, o prazo deverá ser de 10 anos, seguindo a regra do CC/02, contando-se 10 anos a partir de 11 de janeiro de 2003[40].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se, após esta breve pesquisa, que o filho socioafetivo está equiparado pela CF aos demais filhos do autor da herança, bem como que a herança é um direito assegurado constitucionalmente.

A eficácia desse direito, para o filho socioafetivo ainda não declarado judicialmente, pode ser alcançada pela ação de investigação de filiação, cumulada com ação de petição de herança.

Quanto ao filho que pretende provar o vínculo biológico, a ação de investigação de filiação é plenamente viável, inclusive em razão do direito ao conhecimento de sua origem. Entretanto, fica obstada a alteração da filiação registral caso o investigante possua paternidade socioafetiva estabelecida.

Por corolário, o filho também não poderá buscar a herança do pai biológico. Nesse caso não haverá pos-

39 Art. 2.028, CC: Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

40 *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência. Coordenador César Peluso. 6ª Ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2012, p. 2.364.

sibilidade de cumulação com ação de petição de herança.

Verificou-se, ainda, que a ação de investigação de filiação, por ser ação de estado, é imprescritível; ao passo que a ação de petição de herança, ação real de cunho pecuniário, sofre os efeitos da prescrição.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. *Direito das Sucessões*. Editora Brasiliense.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de Paternidade. Posse do Estado de Filho. Paternidade socioafetiva*. Porto Algre: Livraria do Advogado, 1999.

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2 ed., 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade – relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. V. 20.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2012.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. V. 6: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil da Família Anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2. ed., 2003.

_____. (coordenador). *Afeto, ética, família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de Família. Aspectos do Casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed. rev. atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil Comentado*. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: direito das sucessões. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

INDIGNIDADE, DESERDAÇÃO E SEUS EFEITOS

Ceres Linck dos Santos

INTRODUÇÃO

A base do direito sucessório é a transmissão imediata da herança do falecido aos herdeiros legítimos e testamentários, como se extrai expressamente da dicção do art.1.784 do Código Civil, *in verbis*: "Art.1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros e testamentários".

Trata-se da consumação do princípio da *Saisine.* Todavia, tal transmissão está condicionada à legitimação sucessória. Assim, é necessário que o herdeiro, além de ser vocacionado à herança, seja *legítimo* e *não excluído da sucessão,* ou melhor, que possua qualidade de suceder na herança deixada pelo falecido. A doutrina costuma denominar esse atributo de *capacidade sucessória*. Importante deixar claro que, quando nos referimos à *capacidade sucessória*, estamos falando de *legitimidade*, como abordado no Código Civil em seus arts. 1.787, 1.798 e 1.802.

Essa qualidade não se confunde com a capacidade civil. Há casos em que o sujeito pode ser incapaz civilmente de exercer atos da vida civil; entretanto, pode ter capacidade sucessória, como o recém-nascido. O caso emblemático referido por Pontes de Miranda é o do pai que falece no leito após relações sexuais[1]. Uma vez concebido, terá capacidade sucessória sem ter nascido e sem ter capacidade civil.

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo LVIII. Direito das sucessões: Sucessão testamentária. Disposições testamentárias em geral. Formas ordinárias do testamento. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2009, p. 26.

A capacidade para suceder diz respeito à qualidade para herdar do sucessível. Diz Salomão de Araújo Cateb que "o incapaz não recebe herança alguma, a ele não é deferido o direito sucessório".

A capacidade sucessória deve ser aferida ao tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei em vigor, como dita o art.1.787 do Código Civil: "Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela".

Essa delimitação temporal é de suma importância, pois significa que a lei vigente ao tempo do falecimento é a que fixa a legitimação do herdeiro, de sorte que nenhuma alteração legislativa, anterior ou posterior ao óbito, poderá alterar o poder aquisitivo dos herdeiros. Em suma, a legitimidade deverá ser verificada ao tempo do falecimento.

Essas noções preliminares são necessárias para a análise dos institutos da indignidade e da deserdação que pressupõem a legitimidade do herdeiro. O herdeiro, por força de lei ou da vontade do testador, poderá ser excluído da sucessão. Portanto, ele tem legitimidade e chega a receber a herança, por força da transmissão do art. 1.784 do Código Civil, regra esta peremptória no ordenamento pátrio. Contudo, repise-se, os institutos da indignidade e deserdação estabelecem que os indigitados percam a parcela que lhes foi destinada por lei.

O presente artigo destina-se a debater tais institutos, bastante confundidos até pouco tempo. Essa confusão deriva da finalidade dos institutos: ambos visam afastar da herança aquelas pessoas que praticaram atos reprováveis em relação ao autor da herança. Contudo, a indignidade é uma pena cominada pela própria lei, nas hipóteses por ela elencadas. Já a deserdação é a pena imputada pela vontade exclusiva do autor da herança. Quanto às pessoas sujeitas, na indignidade, podem ser declarados indignos qualquer herdeiro legítimo, bem como o legatário; na deserdação, só pode ser deserdado herdeiro necessário.

Este artigo também propõe analisar as causas, trazer algumas situações instigantes, como o suicídio assistido, analisar legislações alienígenas e analisar os efeitos, tanto na dogmática brasileira como os meios processuais viáveis para o afastamento do direito à herança pelo herdeiro.

PARTE I – INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

A) Conceitos

(i) Indignidade

Trata-se de uma *pena civil* que priva o herdeiro ou o legatário do direito de aquisição por herança. O

herdeiro ou o legatário que comete alguma falta grave contra o autor da herança e seus familiares é *excluído* da sucessão, ou seja, perde o direito de receber o quinhão ou o legado, uma vez tendo se tornado *indigno* de tal beneficiamento.

Importante ressaltar que o legislador previu essa penalidade não só para faltas graves cometidas contra o autor da herança, mas estendeu-a àqueles atos praticados em relação a seus familiares, ampliação essa contemplada pelo Código Civil de 2002, ao estender a calúnia ou crimes contra honra ao seu cônjuge ou companheiro, como veremos adiante. Urge destacar, preliminarmente, a valorização da família, reconhecida tanto no seu espectro coletivo, como base da sociedade, como no seu espectro restrito[2], com base no texto constitucional do art. 226. Tal inovação legislativa decorre do reconhecimento da existência de um sentimento íntimo que uma pessoa nutre em relação a determinados familiares, de modo a ela própria sentir-se atingida em caso de ataque à vida deles, como justifica Washington de Barros Monteiro[3].

O fundamento da indignidade é ético, pois a ordem jurídica e a moral repudiam a viabilidade de alguém auferir vantagem patrimonial daquele a quem ofendeu. Afirma Washington de Barros Monteiro[4] que "inspira-se o instituto da indignidade num princípio de ordem pública, porque à consciência social repugna, sem dúvida, que uma pessoa suceda a outra, depois de haver cometido contra estes atos lesivos de certa gravidade".

As causas de exclusão da sucessão por indignidade estão arroladas no art.1.814 do Código Civil e constituem um rol taxativo, inadmitindo-se interpretação extensiva ou aplicação analógica, pois são uma penalidade, sendo aplicável o brocardo *nulla poena sine lege.* Diz o artigo:

> Art.1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
>
> I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a

2 Diz Arx Tourno, parafraseado por Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*). 20ª ed. São Paulo Atlas, 2006. p. 780: "Na acepção restrita, família abrande os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável, ou apenas irmãos.... É na acepção *strictu sensu* que mais se utiliza o termo família, principalmente do ângulo do *jus positum*...".

3 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, V. 6: direito das sucessões. 37ª ed., atualização de Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

4 *Op. Cit*., p. 63.

> 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.

O ***inciso I*** tutela os casos de atentados contra a vida do autor da herança. A norma deixa claro que tal ato exige o elemento *doloso,* de forma que essa pena de exclusão não se aplica aos casos de homicídio culposo por negligência, imprudência ou imperícia, de *error in persona,* de *aberraio ictus,* de legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito, loucura ou embriaguez. Isso porque o ato não é voluntário ou o autor do ato é inimputável, ou seja, não tinha a consciência.

A indignidade por ato contra a vida prescinde de sentença penal condenatória. Contudo, o delito do homicídio doloso ou atentado deve ser devidamente comprovado. Meras suspeitas não ensejam a indignidade. A prova de ato contra a vida pode ser produzida no juízo cível; porém, sustenta Maria Helena Diniz[5] que havendo absolvição na esfera penal, pelo reconhecimento de uma excludente de criminalidade, superada estaria a questão na esfera civil. Isso significaria uma exceção ao princípio da independência das responsabilidades, estatuída no art. 935 do Código Civil[6]. Assim, uma vez absolvido, o herdeiro ou legatário não seria declarado indigno no juízo cível. Mas nem todos julgados da esfera criminal afastam a declaração de indignidade no juízo cível: não terá reflexo na indignidade a extinção da pena por prescrição ou indulto evidentemente.

Destaque-se que o indigno não precisa ser autor exclusivo do crime. Sua coautoria também é mote para a penalidade civil. Na verdade, a forma de participação no crime ou na sua tentativa é suficiente para afastá-lo da sucessão, como leciona Washington de Barros Monteiro[7].

---

5 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 6.: direito das sucessões. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

6 Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

7 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 6.: direito das sucessões. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

Alta indagação advém se a instigação ao suicídio deve ser comparada ao homicídio, para efeito de indignidade. Temos que a resposta é afirmativa, caso houver indícios da instigação dolosa, visando o beneficiamento patrimonial do assediador. Tal prova poderia ser até considerada diabólica, mas de inegável necessidade, em face da gravidade da penalidade a ser aplicada.

Ainda na mesma análise do inciso I, não tardará discutirmos o suicídio assistido como causa de indignidade. No Brasil, a matéria não tem sido enfrentada, como o têm diversas legislações ocidentais. Na Inglaterra, o suicídio assistido é proibido, o que fez com que diversas pessoas migrassem para a Suíça, onde é tolerado, nos seguintes termos do art.115 do Código Penal: "Celui qui, poussé par un mobile égoïste, aura incité une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, sera, si le suicide a été consommé ou tenté, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire". A Suíça possui poucas clínicas que permitem o suicídio assistido. O que temos visto na imprensa internacional é que pessoas de países próximos deslocam-se para o território helvético para poder praticar o suicídio, em caso de enfermidades graves ou estados terminais. Como consequência, tem-se visto também diversos parentes que acompanharam os enfermos serem presos ao retornar aos seus países de origem, obrigando-os a ajuizarem *habeas corpus* preventivos para responderem as ações penais em liberdade. Se na esfera penal tais têm sido os desdobramentos, não poderemos, logo mais, fugir do questionamento dos efeitos patrimoniais de tal prática, ficando aqui como ponto de reflexão.

Segunda hipótese de indignidade versada ***no inciso II*** do art. 1.814 do Código Civil é o de acusação caluniosa ou prática de crime contra a honra do falecido, de seu cônjuge ou companheiro.

As definições desses atos causadores de indignidade são previstos pelo Código Penal. Os crimes contra a honra estão normatizados nos arts.138 a 140 e consistem na calúnia, difamação e injúria, a saber:

> ***Calúnia***
> Art. 138 – Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
> § 1º – Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.
> § 2º – É punível a calúnia contra os mortos.
>
> ***Difamação***
> Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação.
>
> ***Injúria***
> Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.

Veja que a lei penal prevê no §2º. do art. 138 como crime a calúnia con-

tra os mortos. Conjugando-se essa previsão penal com a penalidade civil da indignidade, reforça-se a valorização do elemento ético e moral da pessoa, que deve ser preservado não só em vida como após seu óbito.

Maria Helena Diniz, parafraseando Orlando Gomes, diz que a expressão *crime contra a honra* abrange as ofensas contra a memória do morto. Washington de Barros Monteiro[8] esclarece que as ofensas passíveis de gerar a pena da indignidade têm, necessariamente, de ser articuladas no juízo criminal, mediante queixa, que se revele falsa e dolosa. Assim, as ofensas veiculadas em ação cível (separação judicial, reclamatória trabalhista etc) não acarretariam indignidade.

Quanto à necessidade de condenação ou não do ofensor, divergem Carlos Maximiliano e Washington de Barros Monteiro. Para o primeiro, despicienda é a condenação do herdeiro ou legatário para sua exclusão. Já para o segundo, a prática de crimes contra a honra só será configurada se houver prévia condenação no juízo criminal[9].

Terceira e última causa de indignidade é a prática de atos de violência ou de fraude que inibam ou obstem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por testamento. É o caso do ***inciso III*** do art.1.814 do Código Civil. O intento da norma é proteger a *liberdade* do testador. Há uma plêiade de atos que podem atingir o ânimo livre e voluntário do testador, como a coação, corrupção, alteração, falsificação, inutilização, ocultação, impedimento etc[10]. São as hipóteses, por exemplo, do legatário que oculta testamento cerrado ou particular, que impede de revogar ou modificar testamento anterior. Apesar de tais atos não constituírem delitos penais, sua ocorrência, uma vez provada, tem o condão de gerar a declaração de indignidade.

O Código Civil ressalva em seu art.1.818 que não haverá punição caso o legatário corrija seus atos antes da produção dos efeitos:

> Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.

---

8 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil brasileiro*. V. 6.: direito das sucessões. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65.

9 Idem, p. 66.

10 Com clareza, elenca Washington de Barros Monteiro (2010, p. 66): "Na doutrina, são estes os casos geralmente apontados: a) o herdeiro constrange o *de cujus* a testar; b) ou então impede-o de revogar testamento anterior; c) suprime testamento cerrado ou particular dele; d) urde ou elabora um testamento falso; e) cientemente, pretende fazer uso de testamento contrafeito".

Maria Helena Diniz justifica o intuito da lei e frisa a irreversibilidade do perdão[11]:

> Ninguém melhor do que este [o ofendido] para avaliar o grau de ofensa. O direito de perdoar é privativo e formal; tem o condão de revogar os efeitos da indignidade e de admitir o ofensor à herança, reabilitando-o. Para tanto, a lei impõe ao ofendido a declaração expressa em testamento ou ato autêntico, como a escritura pública, de que, apesar da ofensa recebida, o ofensor deve ser chamado a gozar os benefícios da sucessão. Uma vez concedido o perdão, este será irretratável, não mais se reconhecendo aos coerdeiros legitimação para reabrir o debate.

O parágrafo único do art.1.818 do Código Civil tutela a reabilitação *tácita*, ou seja, o ofendido, sabendo da ofensa, contempla o indigno com um legado, demonstrando que não quer a sua punição. Eis o teor da norma:

> Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.

(ii) Deserdação

A deserdação é uma cláusula testamentária na qual o testador exclui um ou mais herdeiros necessários do recebimento de sua legítima, declinando, para tanto, a causa legal. É uma pena civil, como a indignidade; entretanto, provém da vontade exclusiva do autor da herança. É a única forma que tem o testador de afastar os herdeiros necessários da sua sucessão. Diz o art. 1.961 do *Código Civil:* "Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão". Consequentemente, não há deserdação das demais categorias de herdeiros legítimos, como os colaterais. Estes, apesar de legítimos, não são herdeiros necessários. Para afastá-los da sucessão, pode o testador simplesmente dispor a universalidade de seus bens, como permite o art. 1.850 do Código Civil: "Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar". Nesse caso, é dispensável fazer qualquer justificativa.

Se as causas de indignidade visam o resguardo da ordem social[12], porque as causas de indignidade têm

11 Idem, p. 60.

12 Diverge Pontes de Miranda. Idem, p. 29: "A indignidade – que exclui os herdeiros e faz caducos os legados – não se funda em razão de ordem pública, mas em presunção da vontade do herdeiro. Por conseguinte, o testador pode obviar aos efeitos excludentes da lei, opor-se a eles, e a indignidade deixa de surtir efeitos".

uma conotação criminal acentuada, a deserdação vai além[13], pois abarca aquelas e outras tantas que devem ser avaliadas pelo testador, medindo a intensidade de sua decepção, a graveza de seu desgosto[14].

A partir do Código Civil de 2002, além dos descendentes e ascendentes, o cônjuge passou a integrar o rol de herdeiros necessários[15], em determinados regimes de bens[16]. Portanto, podem ser deserdados.

O testador deverá amparar a deserdação em uma das causas previstas em lei. Podem ser tanto aquelas idênticas às de indignidade como as novas elencadas pelos art.1.962 e 1.963 do Código Civil. Ao analisar as hipóteses ensejadoras, vemos que o art.1.962 trata das causas em que os ascendentes podem deserdar os descendentes, ao passo que o art.1.963 trata da situação inversa, criando situações díspares, criticadas pela doutrina[17]. Dizem tais normas:

> Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:
> I – ofensa física;
> II – injúria grave;
> III – relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
> IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.
>
> Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:
> I – ofensa física;
> II – injúria grave;
> III – relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

13 VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das sucessões. V. 21 (arts. 1.857 a 2.027). AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 310.

14 *Ibidem*, p. 311.

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

16 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.

17 Critica Washington de Barros Monteiro (2010, p. 243: "[...] o legislador deu injustificado tratamento diferente conforme os deserdados seja os ascendentes ou os descendentes: os primeiros podem ser deserdados se mantiverem relações ilícitas com o cônjuge ou companheiro do filho ou neto, indo, portanto, até o segundo grau na linha de descendente; os segundos, só com o cônjuge do ascendente, excluído, assim, o companheiro do ascendente, e limitando-se ao primeiro grau, pois só se refere ao padrasto ou madrasta".

> IV – desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Vejamos de forma pormenorizada tais causas.

A ***ofensa física*** não carece gravidade, resquício, corpo de delito ou dor. Basta qualquer forma de agressão, justificando Sílvio de Salvo Venosa que o cerne é o desrespeito[18]. Não há necessidade de condenação penal. O que é levado em consideração é o mau tratamento corporal. Há necessidade de contato físico. Ameaças, intimidações, promessa de agressão futura, que amedrontem ou assustem a vítima não são causas de ofensa física; são tipificadas como injúria grave, causa do inciso II[19]. Ressalva Sílvio de Salvo Venosa que "a exemplo do direito penal, pode ser deserdado o herdeiro que foi o autor intelectual da agressão praticada por outrem"[20].

Segunda causa é a ***injúria grave.*** Aqui, ao contrário da agressão física, a lei exige um grau de gravidade para a aplicação da pena de deserdação. A forma de exteriorização da injúria pode ser a *palavra*, por meio da expressão verbal, oral ou por escrito (telegrama, cartas, bilhetes etc), bem como *atos* (gestos obscenos, condutas desonrosas), como elenca Zeno Veloso[21], acrescentando que "sem dúvida, o comportamento insultoso, as atitudes afrontosas e ultrajantes de um filho podem injuriar mais gravemente o pai, maltratá-lo de forma mais intensa e profunda, do que palavras ofensivas".

Nelson Hungria, parafraseado por Zeno Veloso, define injúria:

> é a manifestação, por qualquer meio, de um conceito ou pensamento que importe ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém. O bem jurídico lesado pela injúria é, prevalentemente, a chamada honra subjetiva, isto é, o sentimento da própria honrabilidade. Se na calúnia ou na difamação o agente visa, principalmente, ao descrédito moral do ofendido perante o terceiro, na injúria seu objetivo primacial é feri-lo no seu brio ou pudor[22].

Zeno Veloso grifa que o conceito civil é mais amplo que o penal[23].

---

18 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. V.7. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 327.

19 Nesse sentido, VELOSO, Zeno. Idem, p. 330.

20 Idem, 241.

21 Idem, p. 330-331.

22 Idem, p. 331.

23 Idem, p. 331.

Sílvio de Salvo Venosa leciona que é necessário examinar determinadas condições:

> Simples desentendimentos não constituem injúria grave. Importa examinar o ânimo de injuriar, juntamente com as circunstâncias gerais que envolveram a conduta, tais como nível social e cultural dos envolvidos; situação em que ocorreu o evento; provocação da vítima etc. [...] O âmbito aqui deve ser visto de forma mais ampla. Pode a injúria exteriorizar-se pela palavra escrita, falada ou por gestos. A gravidade ficará jungida ao exame da prova e às condições de que falamos. A injúria deve ser contra a pessoa do testador e não contra terceira pessoa, ainda que muito querida por ele. A interpretação de norma punitiva não pode ser extensiva[24].

Terceira causa são as ***relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto,*** no caso de sucessão descendente, e ***relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta,*** no caso de sucessão ascendente. Causa assaz estranheza que, na primeira, não há previsão de relações ilícitas com o *companheiro ou companheira* do ascendente. Washington de Barros Monteiro entende que, não estando previsto na lei, não se poderia estender a penalidade[25]. Contudo, a ideia destacada por Sílvio de Salvo Venosa fez-nos crer que o intuito da lei é repugnar relações sexuais que desequilibrem o lar e abalam a vítima[26], razão pela qual cremos que, peculiarmente nesse caso, possa haver tal abrangência em relação a companheiros dos ascendentes.

Quarta e derradeira causa prevista é o ***desamparo do testador em estado de alienação mental ou grave enfermidade.*** O art.1.962, inc. IV, do Código Civil, prevendo o desamparo do ascendente, fala em *alienação mental.* Já o art.1.963, inc. IV, do mesmo *Codex,* fala em desamparo do filho ou neto *com deficiência mental* ou grave enfermidade. Prega Washignton de Barros Monteiro que as expressões *alienação* e *deficiência mental* se equivalem, cabendo à medicina definir em que consistem tais estados mentais patológicos[27]. Importa-nos saber que o desamparo previsto nas normas é de ordem econômica, ou seja, o parente tinha condições de aportar recursos para prover o doente e não o fez deliberadamente. Contudo, Sílvio de Salvo Venosa entende que "não se descarta o desamparo moral e intelectual, da dicção legal"[28].

---

24 Idem, p. 327.

25 Idem, p. 242.

26 Idem, p. 328.

27 Idem, 242.

28 Idem, p. 329.

Incurso o deserdado em alguma dessas causas, o testador deverá descrever a situação, como determina o art. 1.964 do Código Civil: "Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento". No caso de desamparo, por exemplo, o testador deverá descrever a enfermidade e a forma do desamparo. As mesmas justificativas são necessárias declinar na ocorrência dos outros motes de deserdação. Não são necessários detalhamentos; contudo, inegável que facilitariam o processo de prova pelo herdeiro ou pelo interessado na ação judicial própria, razão pela qual são aconselháveis. Elza de Faria Rodrigues, tabeliã de notas de Osasco, São Paulo, traz exemplo de cláusula testamentária com descrição da situação:

> Nos termos do art. 1.964 do Código Civil, a testadora impõe a seu filho PEDRO CARLOS, a pena de deserdação em virtude dele haver ofendido moralmente a testadora, proferindo em tom alto, ou seja, gritando por cerca de dez minutos, palavras impróprias, rudes, obscenas, agressivas, imorais e ofensivas, gerando toda sorte de humilhação, angústia e transtornos, que causaram graves perturbações de saúde, inclusive distúrbios psíquicos. O terrível fato se passou em sua festa de aniversário em (dia/mês/ano), que ocorreu em sua residência, localizada na rua ..., na cidade de ******, contando, ainda, o evento com a presença de vários familiares e amigos que a tudo presenciaram, que poderá ser provado, incidindo, assim, na deserdação editada no Código Civil, inciso II – injúria grave. Assim, quer e determina que seu herdeiro necessário, ou seja, seu filho PEDRO CARLOS, seja privado da herança, em sua totalidade, acrescentando o seu quinhão ao dos outros herdeiros necessário[29].

Acerca dessa redação exemplificativa, cumpre destacar que, se a deserdação for feita em termos amplos, a presunção é a de que atinge também a parte disponível. "No silêncio da vontade do disponente, a vocação é da ordem legítima, em toda a herança", como leciona Sílvio de Salvo Venosa[30]. Portanto, tanto o objeto da deserdação será a universalidade da herança como o destino dos bens que caberiam ao deserdado será a aplicação conforme a ordem da vocação hereditária, salvo determinação contrária em testamento. Zeno Veloso hasteia a possibilidade de a deserdação ser parcial, ao contrário de tantos outros juristas brasileiros. Sustenta ele tal ideia na ausência de proibição legal em nosso ordenamento e na pos-

29 Testamentos: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 249.

30 Idem, p. 332.

sibilidade praticada em outros países, como Chile, Bolívia e Alemanha, este último por construção doutrinária.

Ainda quanto aos cuidados com a redação, a disposição deve ser explícita, direta, clara e induvidosa, não podendo subordinar-se a deserdação a termo ou condição, ou seja, a evento futuro e incerto, a teor do art. 121 do Código Civil[31].

A deserdação pode ser instituída em qualquer forma de testamento, inclusive as especiais[32], uma vez inexistente qualquer restrição legal.

A maciça doutrinada tende a aplicar o perdão, previsto no art. 1.818 do CC para os casos de indignidade, para o instituto da deserdação[33]. O perdão extinguiria a deserdação, o que pode ser feito com a revogação do testamento ou elaboração de novo sem a repetição da deserdação.

B) Previsão no Direito Comparado

(i) Indignidade

O instituto da indignidade como pena civil tem previsão em diversos ordenamentos jurídicos.

No caso da indignidade por prática de atos contra a vida, o Direito Português, Belga e Francês exigem a prévia condenação criminal do herdeiro ou do legatário. O Direito Português alia diretamente a indignidade à incapacidade, conforme art. 2.034 do seu Código Civil:

> Art. 2.034. Incapacidade por indignidade.
> Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade:
> 1. O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra autor da sucessão ou contra seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado;
> 2. O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a natureza;
> 3. O que por meio de dolo ou coação induziu o autor da sucessão a fazer, revogar, ou modificar o testamento, ou disso o impediu;
> 4. O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de alguns desses factos.
>
> Art. 2.035. Momento da condenação do crime.
> 1. A condenação a que se referem as alíneas a) e b) do artigo anterior pode ser posterior a abertura da sucessão,

31 Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

32 Neste sentido, Zeno Veloso. Idem, p. 337.

33 Neste sentido, Sílvio de Salvo Venosa. Idem, p. 322. Zeno Veloso. Idem, p. 326.

mas só o crime anterior releva para o efeito.
2. Estando dependente de condição suspensiva instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário, é relevante o crime cometido até a verificação de legatário, é relevante o crime cometido até a verificação da condição.

Art. 2.036. Declaração de indignidade.
A ação destinada a obter a declaração de indignidade pode ser intentada dentro do prazo de dois anos a contar, quer da condenação pelos crimes que a determinam, quer do conhecimento das causas de indignidade previstas nas alíneas c) e d) do artigo 2.034.

Art. 2.037. Efeitos da indignidade.
1. Declarada a indignidade, a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente, sendo ele considerado, parta todos os efeitos, possuidor de má-fé dos respectivos bens.
2. Na sucessão legal, a capacidade do indigno não prejudica o direito de representação.

O Código Civil Espanhol também tutela a indignidade. Contemplava, inicialmente, seis hipóteses no art. 756. Em 18 de novembro de 2003, foi acrescentado o §7º. pelo art. 10 da Lei n. 41/2003 para incluir a proteção de ativos de pessoas com deficiência, senão vejamos:

Son incapaces de suceder por causa de indignidad:
1. Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.
2. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.
3. El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.
4. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.
5. El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.
6. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.
7. Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.

(ii) Deserdação

Discorrendo acerca da "in/justiça" do instituto da deserdação, Zeno Veloso registra que em alguns países, não há que se falar em deserdação, porque a liberdade de dispor de seus bens por testamento é ilimitada, absoluta, inexistindo restrição à disposição patrimonial, tampouco resguardo de herança aos herdeiros

necessários, como na Inglaterra, Estados Unidos e México[34].

Já as legislações da França, Bélgica, Itália e Venezuela optaram por não prever a deserdação, deixando a matéria da exclusão da sucessão no âmbito da indignidade[35].

A deserdação é instituto previsto nas legislações civis de Portugal, Espanha, Suíça, Áustria, Alemanha, Argentina, Uruguai, Paraguai, Peru, Chile, Colômbia e Macau[36]. Vejamos, pois, os textos normativos que estipulam as causas no Direito Português e Espanhol respectivamente:

> Artigo 2.166. Deserdação.
> 1. O autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legitimário, privando-o da legítima, quando se verifique alguma das seguintes ocorrências:
> a. Ter sido o sucessível condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou algum descendente, ascendente, adotante ou adotado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão;
> b. Ter sido o sucessível, sem justa causa, a recusado ao autor da sucessão;
> c. Ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos.
> 2. O deserdado é comparado ao indigno para todos os efeitos legais.

> Artículo 852
> Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855 las de incapacidad.
>
> Artículo 853
> Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:
> 1. Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.
> 2. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º.
>
> Artículo 854
> Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:
> 1. Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170.

34 VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões, vol.21 (arts. 1.857 a 2.027). AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva: 2003, p. 307.

35 Idem, p. 307.

36 Idem, p. 307.

2.Habernegadolosalimentosasushijos o descendientes sin motivo legítimo.
3. Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.

Artículo 855
Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:
1. Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.
2. Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 170.
3. Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
4. Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.

Alguns ordenamentos estrangeiros preveem a *deserdação com boa intenção.* O Direito Alemão prevê no § 2.338 de seu Código Civil a proteção do *descentente* herdeiro, que seja pródigo ou esteja gravemente endividado, a ponto de sua futura herança correr perigo. Assim, o testador pode limitar seu direito à legítima, ordenando que, depois da morte do descendente pródigo ou endividado, seus herdeiros legítimos devam receber o que foi a ele deixado[37]. O Código Suíço, no art. 4.810, regula a deserdação preventiva: no caso de o descendente ter diversas execuções, o testador pode privá-lo da metade da sua legítima e relegá-la a um filho do endividado, nascido ou por nascer. No direito brasileiro, inexiste tal hipótese. Ocorre, todavia, a inserção nos testamentos de gravames de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, muito embora seja corrente o cancelamento de tais restrições por pecha de inconstitucionalidade[38].

II. EFEITOS

Ações cabíveis

(i) Indignidade

A indignidade só pode ser declarada judicialmente. Portanto, deverá ser objeto de ação ordinária, como se extrai do art. 1.815 do Código Civil: "A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença".

Outrossim, considerando que a indignidade é uma penalidade civil

37 VELOSO, Zeno. Idem, p. 327.

38 Neste sentido: "Testamento. Inalienabilidade. Impenhorabilidade e Incomunicabilidade. Desaparecimento dessas cláusulas no Direito Brasileiro. As cláusulas testamentárias de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, além de prejudiciais, não foram recepcionadas pelos sistema constitucional vigente no Brasil. [...]" (RJTJRGS, 183/177. Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira).

aplicada pelo juiz, sua natureza é meramente declaratória. O juiz não constitui nem desconstitui, *a priori*, qualquer relação jurídica existente entre as partes. Na verdade, a relação jurídica de sucessão legítima ou testamentária persiste, operando por sentença um efeito de declaração da incapacidade sucessória[39]. Daí porque a doutrina entende que, dentro da classificação ternária clássica, a natureza jurídica da sentença é declaratória[40].

Normalmente, a ação de indignidade é ajuizada por quem tenha legítimo interesse, na forma dos arts. 3º e 6º do Código de Processo Civil, isto é, por algum coerdeiro, legatário, donatário. Até mesmo o Fisco é referido como legitimado, na ausência de sucessores. Igualmente, qualquer credor, prejudicado com a inércia dos demais.

A doutrina divide-se quanto à legitimidade do Ministério Público para a interposição da ação. Maria Helena Diniz[41] alinha-se no grupo que defende que a omissão da atribuição ao Ministério Público no atual Código Civil de 2002 não lhe retira a legitimidade outorgada pelo art. 127 da Constituição Federal, segundo o qual "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Dessa feita, a defesa da ordem jurídica e o interesse social seriam os motes para evitar que o herdeiro ou legatário desnaturado fosse beneficiado com a fortuna deixada pela sua vítima. O Conselho da Justiça Federal aprovou em 2004, na III Jornada de Direito Civil[42], o Enunciado n.116 que diz: "O Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário". Já a vertente contrária à legitimidade do Ministério Público[43] entende que a ação é de natureza estritamente privada, descabendo tal múnus ao *custus legis.*

---

39 Em verdade, ilegitimidade. Vide considerações feitas na introdução deste trabalho.

40 Diz Washington de Barros Monteiro. Idem, p. 67: "A sentença não é título constitutivo, mas apenas declarativo da incapacidade para suceder".

41 Idem, p. 54.

42 Cumpre lembrar que tais Jornadas têm o escopo de promover debates de temas sugeridos pelo novo Código Civil e aprovar enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões. Não está claro, ainda, se tais enunciados têm finalidade de propor alterações legislativas ou de servir de orientações para os operadores do direito.

43 Nesse sentido, MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. Idem, p. 67.

A ação de indignidade tramitará pelo rito ordinário, permitindo ampla defesa por parte do réu.

A ação de indignidade só pode ser ajuizada enquanto vivo o suposto indigno. Se vier a falecer, inviável o ajuizamento da ação declaratória de indignidade porque não há como imputar uma penalidade civil a quem já faleceu. Consequentemente, seu óbito extingue a ação.

Uma vez ajuizada ação de indignidade, o réu prosseguirá com o domínio e posse da herança, até o provimento declaratório transitado em julgado, quando será excluído da sucessão. Se falecer *antes* da declaração, seu direito à herança passará a seus sucessores.

O prazo para interposição da ação declaratória de indignidade é de quatro anos, a partir da abertura da sucessão. Trata-se de prazo de natureza *decadencial*, como se depreende do art.1.815,§ único, do Código Civil: "O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão". Esse já era o prazo previsto no Código Civil de 1916, especificamente no art.178, § IV. A mantença do mesmo lapso ensejou críticas, chegando a ser objeto do Projeto de Lei de Alteração do Código Civil, para, dentre outras matérias, reduzir o prazo para dois anos.

(ii) Deserdação

Lavrado o testamento com a cláusula de deserdação, uma vez ocorrido o óbito do testador, o testamento é apresentado. A partir desse momento, o herdeiro ou o interessado tem quatro anos para ajuizar a ação ordinária de declaração de deserdação, no qual deverá ser provada a veracidade da causa arguida pelo testador. Diz o Código Civil:

> Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.
> Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.

Vê-se que o *interessado* deve propor a ação. O testamenteiro não contemplado por legado não pode propor a ação, como anota Washington de Barros Monteiro[44]. Mas se o interessado não propuser, diz o referido jurista que pode o próprio deserdado propor ação cominatória, para o que o interessado prove o fundamento da deserdação, ressalvando que "o exercício dessa ação não o sujeita, porém, a

44 Idem, p. 245.

comprovar a inexistência da causa em que a deserdação se funda". Já Sílvio de Salvo Venosa entende que a ação cabível pelo deserdado seria a ação declaratória de inexistência de causa de deserdação, com esteio no art. 4º, I do CPC[45].

Quanto ao prazo, o Código Civil de 1916 previa o prazo de quatro anos a partir da abertura da sucessão. O de 2002 alterou para a abertura do testamento, o que recebeu a crítica de Zeno Veloso[46], para quem o marco inicial do prazo decadencial deveria ser a abertura da sucessão, o que é proposto no Projeto de Lei 6.960. Aliás, o Projeto também intenciona reduzir o prazo para dois anos.

Entenda-se por "abertura do testamento" o momento em que o juiz determina o cumprimento do testamento.

Ajuizada ação pelo interessado e não provada a veracidade da causa, a cláusula testamentária de deserdação será ineficaz[47], e não nula, porque ela existe e era válida, mas não logrou surtir seus efeitos em face da ausência de comprovação exigida pela lei. O prazo tem natureza decadencial.

Caso frustrada a ação declaratória de deserdação, sustenta Zeno Veloso ser viável a ação com esteio na indignidade[48].

Cônscio da dificuldade de produção de prova da veracidade da causa de deserção, propõe Zeno Veloso que seja admitido que o testador, em vida, requeira, em juízo, medida cautelar, pedindo a produção antecipada da prova, quanto à causa apontada como ensejadora da deserdação de seu herdeiro necessário, com base nos arts. 846 a 851 do Código de Processo Civil. E propugna a dispensa de ajuizamento de ação principal, dado o caráter satisfativo dessa cautelar[49].

---

45 Idem, p. 325.

46 Idem, p. 337.

47 Assim sustenta Sílvio de Salvo Venosa. Idem, p. 323. Já Washington de Barros Monteiro entende que o efeito é a nulidade. Idem, p. 245. E talvez o faça com esteio na antiga redação do art.1.743, § único, do Código. Civil de 1916 que dizia: *"Não se provando a causa invocada para a deserdação, é nula a instituição, e nulas as disposições, que prejudiquem a legítima do deserdado"*. Zeno Veloso entende que a deserdação é nula se o testamento é nulo. A deserdação é ineficaz por falta de declaração da causa, pela apresentação de causa não prevista em lei, pela ausência de prova de veracidade da causa. Idem, p. 324.

48 Idem, p. 313: "Observe-se que, se a deserdação vier a frustrar-se, por ser nulo o testamento, mas tiver como causa um fato que seja, também, motivo de indignidade, nada obsta que o interessado promova a respectiva ação com vistas à exclusão do herdeiro, invocando o art. 1.814".

49 Idem, p. 320.

Efeitos dentro da dogmática civil brasileira

(i) Indignidade

Diz o art. 1.816 do Código Civil: "São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão". Isso reflete em diversas situações, as quais passaremos a examinar.

Os efeitos da declaração de indignidade podem ser elencados como:

(i.i) Intransmissibilidade da exclusão aos descendentes do indigno, como antevisto pela norma do art. 1.816 do Código Civil. O tratamento dado ao indigno será uma equiparação ao que é dado ao herdeiro premorto, ou seja, seus descendentes o sucedem por representação. Frisa Maria Helena Diniz:

> se abre exceção ao princípio de direito sucessório de que não se pode representar pessoa viva (*viventis nulla esta representatio*). Com isso acata-se o princípio constitucional da responsabilidade pessoal (CF, art.5º., XLV) e a velha parêmia: *nullum patris delictum innocenti filio poena est* (nenhum crime o pai pode prejudicar o filho inocente). Os bens que o indigno deixa de herdar são devolvidos às pessoas que os herdariam, como se nunca tivesse sido herdeiro, devido ao caráter personalíssimo da pena, que não deve ultrapassar a pessoa do delinquente, ante a injustiça de estender-se a outrem as consequências de um fato a que se mostrou alheio.

A segunda parte do art.1.816 do Código Civil é claro ao delimitar o direito de representação somente aos descendentes, de sorte que, tendo indigno apenas ascendentes ou colaterais, estes não poderão substituir o indigno e receber sua parte na herança.

(i.ii) Retroatividade dos efeitos da sentença à data de abertura da sucessão e responsabilidade pela devolução. A retroatividade é decorrência lógica da lei, até porque esta equipara o indigno à situação do premorto. Assim, uma vez retroativos os efeitos da sentença declaratória de indignidade, o indigno, além de ser excluído da sucessão, responde por perdas e danos e é obrigado a devolver os frutos e rendimentos, como diz o art.1817, *caput*, do Código Civil[50], mas tem o direito de ser reembolsado

50 "Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos".

no que haja gasto com a conservação dos bens, como diz o seu parágrafo único[51].

(i.iii) Irretroatividade dos efeitos da sentença em relação às alienações onerosas a terceiros. A retroatividade antes vista não atinge o direito de terceiros, como se vê da norma do art.1.817, *caput* 1ª parte, do Código Civil: "São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão". Portanto, o efeito aqui é distinto: opera-se *ex nunc*.

A norma prima pela preservação do terceiro adquirente de boa-fé, que não tinha condições de prever a futura exclusão do indigno, como bem analisa Maria Helena Diniz a partir de uma digressão histórica:

> Opera a sentença *ex nunc*, validando atos praticados pelo herdeiro excluído até o momento de sua exclusão da sucessão, atendendo ao princípio da onerosidade da alienação e da boa-fé dos adquirentes, urna vez que o indigno se apresentava aos olhos de todos como herdeiro do hereditando, sendo, portanto, um herdeiro aparente, devido à impressão generalizada de ser o sucessor do *de cujus*. Desse modo, os adquirentes não podiam prever a futura exclusão do ingrato, pois acreditavam estar adquirindo os bens do verdadeiro proprietário, o que levou o legislador a sustentar a validade dos negócios onerosos efetuados pelo herdeiro aparente. Urge esclarecer a questão do herdeiro aparente. É o considerado como verdadeiro e legítimo titular do direito sucessório, embora não o fosse em razão de um erro (ignorância da existência de um herdeiro mais próximo do autor da herança; reconhecimento *post mortem* da paternidade de filho pelo *de cujus*), de exclusão da herança por indignidade ou deserdação, de falsidade ou nulidade de testamento.
>
> No direito romano, o possessor *pro herede*, sob aparência de herdeiro, possuía de boa-fé bens hereditários. Em regra, seus atos de disposição não poderiam ter validade, ante o brocardo: *nemo ad allium transferre potest quam ipse habet*, mas o direito não pode prescindir das aparências, em prol da boa-fé, da paz e segurança social. É preciso levar em conta a boa-fé do adquirente, que acreditou não só na legalidade do ato negocial efetivado, mas também na condição de herdeiro do alienante, que até o instante da exclusão, aos olhos de todos, era o "real" herdeiro. Logo, merecem proteção jurídica as alienações feitas onerosamente pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé (CC, art. 1.827, parágrafo único),

51 "§ Único: O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles".

> sob pena de acarretar instabilidade nas relações jurídicas, desde que levadas a efeito antes da exclusão. O verdadeiro herdeiro apenas poderá pleitear perdas e danos do excluído. O real herdeiro pode exigir do aparente a reposição patrimonial, mas não do terceiro adquirente de boa-fé, porque a lei lhe retira a eficácia reivindicatória da ação. Se a alienação for gratuita, não deverá ser mantida, porque não haverá qualquer dano, prevalecendo a situação do herdeiro real[52].

Entretanto, caso esses terceiros tenham obrado de má-fé, ou seja, tivessem perfeito conhecimento da situação de indignidade, sofrerão os efeitos, tornando-se os negócios jurídicos *ineficazes*[53].

(i.iv) Perda do direito aos bens da herança, em sucessão de seus descendentes, e direito de usufruto e administração. Assim como o indigno é excluído da sucessão, caso substituído por seus herdeiros por força do direito de representação estatuído no art. 1.816 do Código Civil, 2ª parte, a lei não poderia permitir que ele fosse contemplado sob outro viés, sob pena de burla. Assim, vetou que o descendente pudesse instituir usufruto ou administração dos bens recebidos em representação do indigno, ou mesmo que pudesse transmiti-los aos indigitados. Se, na forma direta, ele é afastado da sucessão, tampouco poderá ser beneficiado por outros meios, visando a lei atingir seu fim precípuo: impedir o desnaturado do recebimento de qualquer vantagem do patrimônio de sua vítima. É o que diz o § único do art. 1.816 do Código Civil: "Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens". A norma é tão ampla que fala em vedação no caso de *sucessão eventual*, ou seja, no caso de o descendente falecer e não deixar novos descendentes, o ascendente declarado indigno não poderá receber tais bens.

(ii) Deserdação

Diz o art.1.961 do Código Civil: "Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão". Daí, tiram-se os seguintes efeitos:

(ii.i) Exclusão do herdeiro necessário do recebimento da legítima. É o efeito principal da deserdação.

---

52 Idem, p. 58-59.

53 Nesse sentido, MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. Idem, p. 69.

(ii.ii) Intransmissibilidade da exclusão aos descendentes do deserdado. O efeito é idêntico ao instituto da indignidade, por se tratar de uma sansão de caráter pessoal. A doutrina é maciça no sentido da aplicação do art.1.816 do Código Civil aos casos de deserdação[54], razão pela qual reportamo-nos às justificativas do item 'i.ii', não sem antes registrar a posição contrária e isolada de Washington de Barros Monteiro, para quem não só o deserdado resta excluído da sucessão como também seus descendentes. Tal posicionamento pauta-se no fato de inexistir previsão expressa, como o faz o instituto da indignidade.

O Projeto de Lei de Alteração do Código Civil nº 276 propõe eliminar a divergência, inserindo o §2º ao art. 1.965 com o seguinte teor:

> §2º São pessoais os efeitos da deserdação: os descendentes do herdeiro deserdado sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Mas o deserdado não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens a que seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

O Deputado Ricardo Fiúza, apresentante do Projeto, acata a sugestão de Zeno Veloso[55]:

> [...] embora, sob e égide do Código Civil de 1916, haja a opinião dominante de que os descendentes do deserdado tomam o lugar dele na herança, exercendo o direito de representação, pois a pena não pode se irradiar aos descendentes do que praticou os atos desabonadores, para espancar dúvidas, convém que esta solução seja dada expressamente na lei.

(i.iii) Perda do direito aos bens da herança, em sucessão de seus descendentes, e direito de usufruto e administração. A maciça doutrina dá idêntico tratamento à deserdação, por analogia à indignidade[56]; contudo, também nessa interpretação destoa Washington de Barros Monteiro, pela mesma razão acima referida, qual seja, ausência de previsão pelo legislador de 2002[58].

---

54 Assim sustentam: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Idem, p. 303. VENOSA, Sílvio de Salvo. Idem, p. 330. VELOSO, Zeno. Idem, p. 321.

55 FIUZA, Ricardo; com a colaboração de RÉGIS, Maria Luiz Delgado. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 308.

56 VENOSA, Sílvio de Salvo. p. 330-331. Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Idem, p. 304. VELOSO, Zeno. Idem, p. 322.

57 MONTEIRO, Washington de Barros. Idem, p. 247.

(i.iv) Retroatividade dos efeitos da sentença à data de abertura da sucessão. Como visto no início do trabalho, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros e testamentários. Porém, havendo uma cláusula testamentária de deserdação, o deserdado, tendo conhecimento deste ato de última vontade, não deverá ter a posse dos bens, pelo princípio da *Saisine*. Estará ele de má-fé porque carece de *título hereditário* que o habilite. É o magistério de Silvio de Salvo Venosa:

> O deserdado, por outro lado, já tem contra si uma causa expressa no testamento que o impede, de bom senso, que assuma a posse dos bens da herança. Se procedente o pedido de deserdação, nunca terá havido herança para o deserdado, nem posse dos bens hereditários. Ainda que, dentro do prazo decadencial, tome ele a iniciativa da ação, mesmo assim ele carece de título hereditário, que só lhe advirá com o decurso de prazo de caducidade, ou da ineficácia da cláusula decretada em juízo. Destarte, publicado e apresentado o testamento, o indigitado não se pode portar como herdeiro. Pode ocorrer que o deserdado exerça a posse material da herança, mas por outro título, seja a posse originalmente boa ou má, mas não por título hereditário. Aliás, o inventariante, testamenteiro e demais interessados têm contra ele, em princípio, os interditos possessórios enquanto não definida sua situação, porque sua posse é injusta a partir da morte do autor da herança. Se o deserdado mantiver a sua posse após a sentença que assim o reconhecer, os demais interessados têm ação de petição de herança contra ele. No momento em que o testamento é publicado e notificado o herdeiro apontado, a partir daí cessa sua posse de boa-fé[58].

Assim sendo, *a priori*, não deverá o deserdado assumir a posse dos bens, o que tornaria tranquila a aplicação dos efeitos da sentença declaratória julgada *procedente*. Já no caso de *improcedência,* a posse retroage à data da abertura da sucessão, tendo ele direito aos bens que lhe tocarem na legítima[59].

No entanto, sabe-se que nem sempre a situação mostra-se tão fluída. Muitas vezes, tarda-se à abertura do testamento, desconhecendo o herdeiro necessário a pecha de deserdação contra si clausulada. Aliás, essa é a preocupação de Zeno Veloso, que reclama maior aprofundamento, concluindo pela mesma solução dada à indignidade[60]. Assim, propõe o jurista que os bens transmitam-se desde

58 Idem, p. 331.

59 VENOSA, Sílvio de Salvo. Idem, p. 331.

60 Idem, p. 323-324.

logo aos herdeiros, de acordo com o princípio de *Saisine*, consagrado no art. 1.784 do Código Civil, exceto no caso de ingresso da ação declaratória de deserção, caso em que a herança tornar-se-ia litigiosa, devendo os bens passarem à posse do inventariante ou outra pessoa designada pelo juiz, mediante depósito judicial.

(i.v) Irretroatividade dos efeitos da sentença em relação às alienações onerosas a terceiros. Apregoa Sílvio de Salvo Venosa idêntico tratamento à deserdação dado às situações vislumbradas no caso da indignidade: As alienações de boa-fé realizadas pelo deserdado devem valer quando houver terceiro adquirente de boa-fé, devendo o deserdado responder pelas perdas e danos em relação aos herdeiros alijados[61].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A leitura das normas e das lições doutrinárias evocam a impossibilidade de alastramento das hipóteses de indignidade e deserdação, por constituírem ambas penas gravíssimas, impostas ao ofensor, que o extirpa de um direito fundamental, de primeira geração, garantido pelo art. 5º, inciso XXX, da Carta Magna.

Entretanto, vê-se que há situações que exigem do intérprete que ele compreenda o intuito da norma e proteja um bem maior. É forçoso reconhecer que não há como a lei tutelar todas as hipóteses fáticas possíveis, razão pela qual, até mesmo no caso de aplicação de uma penalidade civil extrema, não se pode retirar do julgador a sua inteligência e perspicácia na aplicação da lei. É o que vimos como resultado de todo o estudo a que se propôs o trabalho e podemos extrair de interessantes julgados, como o caso de declaração de indignidade do genro que, tendo assassinado seu sogro, foi afastado da partilha na ação de divórcio, por aplicação da declaração indignidade[62]. Casado pelo regime da comunhão universal, ele receberia a meação da herança do sogro por ele morto. Por não

61 Idem, p. 331.

62 "MEAÇÃO. DIVÓRCIO. INDIGNIDADE. QUEM MATOU O AUTOR DA HERANÇA FICA EXCLUÍDO DA SUCESSÃO. ESTE É O PRINCÍPIO CONSAGRADO NO INC. I DO ART. 1595 DO CC, QUE REVELA A REPULSA DO LEGISLADOR EM CONTEMPLAR COM DIREITO SUCESSÓRIO QUEM ATENTA CONTRA A VIDA DE ALGUÉM, REJEITANDO A POSSIBILIDADE DE QUE, QUEM ASSIM AGE, VENHA A SER BENEFICIADO COM SEU ATO. ESTA NORMA JURÍDICA DE ELEVADO TEOR MORAL DEVE SER RESPEITADA AINDA QUE O AUTOR DO DELITO NÃO SEJA HERDEIRO LEGÍTIMO. TENDO O GENRO ASSASSINA-

ser considerado *herdeiro*, a sentença e o relator conduziram suas decisões pela impossibilidade de aplicação da pena de indignidade, do que divergiram a revisora e o vogal, em votos que primaram pelo intuito normativo: "No momento em que o legislador revelou a repulsa em contemplar com direito sucessório quem atentar contra a vida do autor da herança, a ponto de excluir o herdeiro da sucessão, nitidamente, rejeitou a possibilidade de que, quem assim age, ser beneficiado com seu ato". Com isso, verificamos que há uma plêiade de situações imprevisíveis e, por mais peremptória que veja a previsão normativa, não há como afastar da tutela judicial situações fáticas que reclamem a aplicação da pena.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

CATEB, Salomão de Araújo. Artigo: Indignidade e deserdação. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, 1994. V.1, p. 243-252.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 6: Direito das sucessões. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, Ricardo; RÉGIS, Maria Luiz Delgado (Col.); O NORONHA, Carlos Silveira (Org.) *As novas perspectivas do direito das sucessões*: em tempos de modernidade e pós-modernidade. Porto Alegre: Sulina, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao novo código civil, volume XXI: arts. 1.784 a 2.027. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, v.6: direito das sucessões. 37ª ed., atualização de Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DO O SOGRO, NÃO FAZ JUS AO ACERVO PATRIMONIAL DECORRENTE DA ABERTURA DA SUCESSÃO. MESMO QUANDO DO DIVÓRCIO, E AINDA QUE O REGIME DO CASAMENTO SEJA O DA COMUNHÃO DE BENS, NÃO PODE O VARÃO RECEBER A MEAÇÃO CONSTITUÍDA DOS BENS PERCEBIDOS POR HERANÇA. APELO PROVIDO POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR". (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível N. 70005798004, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 09/04/2003).

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, Carlos Silveira (Org.) *As novas perspectivas do direito das sucessões: em tempos de modernidade e pós-modernidade*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo LVIII. Direito das sucessões: Sucessão testamentária. Disposiçõestestamentárias em geral. Formas ordinárias do testamento. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2009.

RODRIGUES, Elza de Faria. *Testamentos*: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. V.7. Direito das sucessões. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

ROSADO DE AGUIAR JR., Ministro Ruy (Org.). *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2007. Disponível em <http://columbo2. c j f . j us.br/portal/publicacao/downloa d.wsp?tmp.arquivo=1296>. Acesso em: 7 jun. 2012.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das sucessões, v. 21 (arts. 1.857 a 2.027). AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva: 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. V.7. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo. Direito das sucessões. Curso de Direito Civil Brasileiro. V. V.11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

UMA PERSPECTIVA ACERCA DO REGIME MATRIMONIAL OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Cristiano Colombo[1]

1 INTROITO

O presente artigo tem como escopo refletir acerca do regime obrigatório de separação de bens dos maiores de setenta anos, realizando para tanto uma análise histórica dos regimes matrimoniais aplicáveis, voltando-se à pesquisa da teoria estrangeira e brasileira relativa ao tema. Para tanto, tendo como ponto de partida a pré-história, buscou-se analisar o Direito da antiguidade clássica, avançando pelos povos germânicos, Idade Média, Ordenações do Reino de Portugal e respectivos alvarás, bem com os textos dos Códigos Civis Brasileiros de 1916 e 2002. Em nível nacional, fez-se a identificação da aplicação do instituto jurídico, partindo dos dispositivos de lei, analisando a jurisprudência aplicável, mormente a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. A segunda parte deste estudo se volta para os princípios que devem nortear o regime de bens, passando pelo princípio do não enriquecimento sem causa e da autonomia da vontade, com incursões no Direito Comparado Francês, Italiano e Português. Por último, com base em todas as reflexões desenvolvidas, apresentar-se-á uma perspectiva acerca do tema, a fim de dar novos rumos ao tema em questão, em face das necessárias alterações legislativas.

1 Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela UFRGS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (1999) e em Ciências Contábeis pela UFRGS (2004). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). É professor da Faculdade de Direito da Instituição Educacional São Judas Tadeu, bem como no Curso Verbo Jurídico.

2 DO REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

2.1 Da história da separação de bens como regime matrimonial

O artigo 1.511 inaugura o Livro IV do Código Civil Brasileiro, dedicado ao Direito de Família, conceituando o instituto do casamento como "a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos entre os cônjuges"[2]. Importa destacar que, no decorrer dos dispositivos que compõem o Livro do Direito de Família, depreendem-se comandos de ordem pessoal e patrimonial. Os ordenamentos jurídicos, ao longo da história, no intuito de disciplinar o direito de família patrimonial, desenvolveram para tanto os chamados regimes matrimoniais de bens. Segundo Hémard[3], há necessidade de organização de um regime matrimonial entre aqueles que entre si estabelecem uma comunidade de vida, a saber:

> Quand deux personnes se marient, leur communauté d'existence entraîne une communauté d'intérêts. Une confusion matérielle s'opère entre leurs biens, au moins pour les meubles; des besoins communs, des charges communes, naissent de la création d'une famille nouvelle à élever. *L'organisation d'un régime matrimonial* apparaît naturelle, elle est même nécessaire, car partout où se manifeste une activité commune, une réunion licite de biens, il faut les soumettre à une condition spéciel. Même en absence de mariage, en cas d'union libre, on doit établir un certain régime des biens, et la jurisprudence a dû reconnaître que de la vie en commun et la confusion des

2 BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

3 Tradução livre do autor: Quando duas pessoas se casam, com a comunidade de existência arrastam consigo uma comunidade de interesses. Uma confusão material se opera entre seus bens, ao menos com os móveis; as necessidades comuns, os encargos comuns, nascem da criação de uma nova família em crescimento. A organização de um regime matrimonial aparece naturalmente, ela é necessária, em todos os lugares em que se manifestam a atividade humana, uma reunião lícita de bens, é necessário submeter a uma cláusula especial. Mesmo na ausência de casamento, no caso de união livre, deve-se estabelecer um certo regime de bens, e a jurisprudência tem reconhecido que a vida em comum e a confusão dos bens dos concubinos derivam de uma comunhão de fato, submissa às regras de indivisão, necessitando de uma partilha e uma liquidação: estado submisso, de preferência procurado, que se revela quando do momento da separação ou da morte (HÉMARD, Joseph. *Précis Élémentaire de Droit Civil*. 2. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 4).

> biens de concubins découle une communauté de fait, soumise aux règles de l'indivision, nécessitant um partage et un liquidation: état subi, plutôt qu'état cherché, qui ne se revele guère qu'au moment de la séparation ou du décès.

Acentuou ainda Hémard[4] que: "o regime matrimonial de bens tem por objetivo regrar a condição dos bens de cada cônjuge no curso do matrimônio e as relações jurídicas resultantes deles". A partir dessa necessidade, que decorre naturalmente da união de interesses do casal, é que ao longo da história identifica-se um movimento pendular no tocante ao poder de administração dos bens, ora atribuindo-o exclusivamente a um dos consortes em detrimento do outro, ora buscando tratar com independência o patrimônio de cada cônjuge na organização de sua vida patrimonial; esta última hipótese que se amolda aos interesses e direitos contemplados no regime da separação de bens.

Ao se buscar um *retour* histórico, o homem, mesmo antes da escrita, já vivia em grupos organizados, em regime de colaboração e divisão de tarefas. Com o advento da palavra escrita, o registro visível dessa organização social, econômica e cultural demonstrou que instituições civis como o casamento e o poder maternal ou paternal sobre os filhos já existiam de longa[5]. Aubéry[6] ensinou que, na antiguidade mais remota, o poder era maternal, provavelmente atribuído à glorificação da mulher em face da maternidade, é o que se transcreve:

> Il est à peu établi que, dans l'antiquité la plus recullé, le sceptre domestique était dévolu à la mère. La famille aurait ainsi commencé; par la parenté maternelle. Le matriarcat ou règne de la femme aurait pris naissance dans la glorification de la matérnite.

Refere Noronha[7], a saber: "Segundo registra a história, quando a sociedade se organizou em tribos, a família formou-se em torno da mu-

4 "Un regime matrimonial a pour but de régler la condition des biens de chacun des époux au cours du mariage et les rapports juridiques em résultant entre eux" (*Ibidem*).

5 GILSSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 31.

6 Tradução livre do autor: Há pouco foi estabelecido que, na antiguidade mais remota, o cetro doméstico era devolvido à mãe. A família teria assim começado pelo parentesco maternal. O matriarcado ou reinado da mulher teria nascido em face da glorificação da maternidade" (AUBÉRY, Gaëtan. *La Communauté de Biens Conjugale*. Paris: Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 1911, p. 20).

7 NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos da família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Forense***,** Rio de Janeiro, v. 326, abr.mai.jun. 1994, p. 22.

lher, admitindo-se então a poliandria e resultado, daí a forma do matriarcado". Com o passar do tempo, nas sociedades primitivas, o poder marital começa a se impor, em face de sua força física, protegendo sua esposa e família[8]. No transcorrer da história, o Direito da antiga Grécia desenvolveu uma concepção elevada do casamento, como se os cônjuges fossem duas metades de um todo, a saber:

> On trouve dans *l'Economique* de Xénophon ume conception élevé du mariage et l'éloge d'une sorte de communauté universelle entre les époux. [...] Platon nous parles des époux comme de deux moitiés d'un même tout, qui auraient été déja unies dans un monde antérieur et se rejoindraient dans celui-ci[9].

Plutarco[10], acerca do tema, em sua obra "Précepts sur les mariages" declarou que: "É necessário que o marido e a mulher coloquem em comum sem distinção tudo o que possuem e que não há nada de particular para nenhum deles".

No território da Gália, antes do contato mais próximo daqueles povos denominados de bárbaros com a civilização romana, foi possível verificar que o povo "bárbaro" gaulês reunia uma evidente superioridade em termos de valores morais, no trato com sua esposa e filhos. Um dos exemplos históricos que fundamentam essa afirmação é o fato de que, após terem os maridos recebidos os dotes das esposas, os homens colocavam em comum seus próprios bens. Destarte, essa massa de bens, adição do dote com os bens do marido, formava-se um todo monetariamente avaliável, em que os frutos eram conservados e, com o falecimento de um deles, o cônjuge sobrevivente ficava com a parte dos dois e, ainda, mais os frutos havidos anteriormente[11]. Aubéry[12] acrescenta que alguns autores identificam no

---

8 "Le mari devait être naturallement le protecteur de la femme et de la famille. Or, pour qu'il pût remplir ce devoir de la défense, il fallait l'investir de pouviors suffisantes. De là est née l'autorité maritale, qui a evolué à travers les ages et s'est policée peu à peu, sou s l'action des moeurs et des lois" (AUBÉRY, *op. cit.*, p. 21).

9 Tradução livre do autor: Encontra-se na Econômica de Xénophon uma concepção elevada do casamento e o elogio de um tipo de comunidade universal entre os esposos. [...] Platão nos fala dos esposos como duas metades de um mesmo todo, que já teriam sido unidos em um mundo anterior e se encontrariam neste" (*Ibidem*, p. 27).

10 "Preceitos sobre o casamento" (*Apud* AUBERY, *op. cit*., p. 28).

11 AUBÉRY, Gaëtan. *La Communauté de Biens Conjugale*. Paris: Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 1911, p. 33.

12 Tradução livre do autor: Alguns autores creem encontrar neste costume celta o gérmen da comunidade conjugal. Argumentaram neste sentido que se fundam principalmente na expressão 'comunicam', que implica na formação de uma massa comum" (*Ibidem*).

direito gaulês o germe da comunhão conjugal de bens, a saber:

> Quelques auteurs ont cru trouver dans cet usage celtique le germe de la communauté conjugale. On a argumenté dans ce sens em se fondant principalement sur l'expression communicant, qui implique la formation d'une masse commune.

Com o transcorrer dos anos, aporta-se ao Direito Romano, que, nas palavras de Modestino[13], extraída do Digesto (D.23,2,1), definia o casamento como *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis uitae, diuini et humani iuris communicatio*. A partir desse conceito, para melhor compreender o regime de bens matrimonial aplicado em Roma, há que se verificar se a celebração do casamento vinha ou não acompanhada do ato solene denominado "*conuentio in manum*". A "*conuentio in manum*" fazia com que o marido (ou seu *paterfamílias)* adquirisse a *manus* sobre a mulher. Quando o casamento não era acompanhado do ato "*conuentio in manum*", o contrato era *sine manu*, ou seja, permanecia a esposa na família de seu pai[14]. Aubéry[15] referiu que a instituição da *manus* fazia cair no poder do marido ou do pai da mulher com o patrimônio presente e futuro da mulher, servia maravilhosamente ao desejo dos velhos romanos no sentido de sujeitar a mulher. O casamento *cum manus* tinha como consequência que a esposa entrasse na família do marido e a conferia os direitos de agnato, submetendo-a aos poderes do pai do marido, se o marido era ainda *alieni iuris*, seja ao próprio poder do marido, se ele estivesse liberado do *patria potestas.*

Acerca do poder do *paterfamilias*, Bonfante[16] reforçou que o poder do *paterfamilias* não tem limites na lei, mas na lei da própria família:

---

13 "As núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher, a qual encerra comunhão indivisível de vida." (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 637).

14 *Ibidem*, p. 644.

15 AUBÉRY, *op. cit*., 1911.

16 Tradução livre do autor: O Estado, não que respeite a moral, respeita o direito da família; o Estado nesse corpo autônomo não penetrou jamais completamente, salvo para as funções mais essenciais à assistência, à milícia e à participação da soberania política, na sua esfera. Mas reduzida a questão a termo, o contraste desaparece. Não é que a *civitas* queira ilimitada *patria potesta*, mas somente a *patria potestas* não tem limites na lei, não tem limites do *ius civile*, porque a família romana, como cada organismo político, tem em si a sua lei e os limites aos seus poderes. [...]" (BONFANTE, Pietro. *Famiglia e Successione*. Torino: Unione Toporgracio: Editrice Torinese, 1926, p. 12).

> Lo Stato, non che rispetti la morale, rispetta il diritto della famiglia; lo Stato in questo corpo autonomo non penetrò mai compiutamente, salvo per funzioni più essenziali all'esistenza sua, la milizia e la partecipazione alla sovranità política, nella sua sfera. Ma ridotta la questione in questi termini il contrasto sparisce. Non è giá che la *civitas* voglia ilimitata la potestà patria, ma soltanto che la potestà patria non ha limiti da lei, no ha limiti dal *ius civile*, perchè la famiglia romana, come ogni organismo político, ha in sè la sua legge e i limiti ai suoi poteri [...].

Há que se esclarecer, ainda, que, no tocante à "*conuentio in manum"*, importa distinguir que: a) caso a mulher fosse *filiasfamilias*, já não tinha capacidade patrimonial, pois os bens concentravam-se no patrimônio do seu *paterfamilias*, portanto, apenas transferia a *manus* de titular, continuando, desse modo, a ora esposa sem patrimônio, pois os bens permaneciam com o seu pai; b) caso a mulher era *sui iuris* (ou seja, livre, por exemplo, na hipótese de que seu *paterfamilias* estivesse morto), sua capacidade patrimonial e todo o seu patrimônio passava para o marido[17]. É o que leciona Santos[18]:

> Três eram as principais formas de *conuentio in manum*: a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus.* A *confarreatio* era o casamento religioso e solene que consistia na oferta aos deuses de um pão ou bolo feito de uma espécie e trigo miúdo. [...] A *coemptio*, menos solene, era a compra simbólica da mulher [...] O *usus* era a permanência da mulher na posse de estado casado durante um ano, sem interrupção de três noites consecutivas.

Coulanges[19], a fim de descrever o que significa na sociedade romana o casamento *cum manus*, lecionou:

> A mulher casada tem ainda o culto dos mortos; mas já não é aos antepassados que essa mulher oferece o banquete fúnebre, pois não mais tem direito. O casamento desligou-a por completo da família do pai e quebrou todas as ligações religiosas com ela. Agora, é aos antepassados de seu marido que vai levar a oferenda, agora que são de sua família e se tornaram seus antepassados.

Ad latere a estas regras da "*conuentio in manum"*, o costume roma-

17 KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 331.

18 SANTOS, Eduardo dos. *Direito da Família*. Lisboa: Almedina, 1985, p. 298.

19 COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 37.

no exigia que o *paterfamilias* da esposa fizesse doações ao marido, o que foi denominado de dote (*dos)*, como se depreende das célebres lições de Kaser[20]:

> A celebração do matrimônio, como vimos, não produzia efeito jurídico imediato nas relações patrimoniais dos cônjuges; nem a *conuentio in manum*, quando se tratava de uma mulher *sui iuris*. Abstraindo deste último caso, o uso exige desde tempos antigos que o *paterfamilias* da mulher faça doações ao marido, por ocasião do matrimônio destes valores patrimoniais como *dos* (dote). Este *dos* cabe ao marido, que adquire a livre propriedade dos bens dotais. Em simultâneo, melhora-se a situação da mulher, porque o marido é moralmente obrigado em qualquer matrimônio – mesmo no *sui iuris* – a sustentá-la e fazê-la participar no seu nível de vida.

Incumbe destacar que importante momento histórico na vida romana, relativamente ao regime de bens matrimoniais, deu-se quando o Imperador Augusto, por volta do ano de 18 a.C., em face dos desfazimentos constantes das sociedades conjugais e das imoralidades ocorridas em detrimento das famílias, editou uma série de medidas denominadas leis matrimoniais, com o objetivo de manter os matrimônios existentes. As medidas, em um primeiro momento, foram vãs. Identificando-se resultados, se permitiu que a esposa buscasse a restituição de seu dote quando esta não desse causa ao desfazimento do vínculo. É o que se identifica no transcorrer do texto do jurista Aubéry[21], a saber:

---

20 KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 333.

21 "Augusto tentava remediar a desordem dos costumes e tendia a moralizar a união conjugal, a manter o casamento, rendê-lo fecundo, melhor assegurar a condição pecuniária das mulheres. Estas foram as leis *Iulia de adulteriis*, *Iulia de maritandis ordinibus et Papia Poppea*. Medidas que foram vãs. A primeira foi ineficaz, a tornar o casamento mais decente e a reafirmar a lei conjugal: as outras, mais conhecidas sobre a denominação de leis *Caducaires*, caíram no descrédito. O primeiro imperador, ao invés de favorecer a união dos interesses pecuniários dos esposos, agravou ainda mais a separação conjugal em proibir as mulheres de fazer algo por seus maridos. Deplorável, quase humilhante a situação das mulheres pela instabilidade do matrimônio. O marido podia apropriar-se do dote depois de ter expulsado sua esposa do lar conjugal. Um sério atentado voltou-se à união matrimonial. Tudo são e salvo deixando o princípio do divórcio, edita as medidas de precaução para poupar a mulher, ela conserva o seu dote, a possibilidade de um segundo casamento. Esse foi o objetivo da lei *Iulia de fundo dotali*, que permitia à mulher reclamar o seu aporte, a menos que ela divorciasse em motivo, isso fazia que ela perdesse parte considerável de seus bens (AUBÉRY, Gaëtan. *La Communauté de Biens Conjugale*. Paris: Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 1911, p. 55).

> Auguste essaya de remédier au désordre des moeurs et tendant à moraliser l'union conjugale, à ramener au mariage, à le rendre fécond, à mieux assurrer la condition pécuniares des femmes. Telles furent les lois *Iulia de adulteriis, Iulia de maritandis ordinibus* et *Papia Poppea*. Mesures que restèrent vaines la première fut impuissante à rendre le mariage plus décent et à raffermir la foi conjugale: les autres plus connues sous la dénomination de lois *Caducaires*, tombèrent sous le discrédit. le premier empeurer, au lieu de favoriser l'union des intérêts pécuniares des époux, aggrava encore la séparation conjugale en interdisant aux femmes de s'engager pour leur maris. Déoplorabe, presque humiliante devint la situation de la femme par suite de instabilité du mariage. Le mari pouvait s'emparer de la dot aprés avoir chassé son épouse du foyer conjugal. Une sérieuse atteinte était ainsi portée à l'union matrimoniale. Tout en laissant sain et sauf le principe du divorce, on édicta des mesures de precáution pour ménager à la femme, en lui conservant sa dot, la possibilite d'un second mariage. Ce fut le but de la loi *Iulia de fundo dotali*, qui permit à la femme de reclamer la restituition de son apport, à moins qu'elle ne divorçât sans motif, ce que lui faisait perdre une partie notable de ses biens.

Há que ser ressaltado que na época pós-clássica, por influência cristã, as segundas núpcias (mesmo fora da viuvez), ainda que não diretamente proibida, eram sancionadas com desvantagens, inicialmente para a mulher que volta a casar e, posteriormente, para o marido. Essas medidas visam proteger o filho do casamento anterior, estabelecendo que a parte que volta a casar perde o patrimônio adquirido pelo casamento anterior, e representam as primeiras soluções para proteger o direito de terceiros, com limitação da autonomia da vontade[22]. Importa destacar que a idade dos nubentes, em face do casamento, foi temática enfrentada pelas leis Julia e Papia, conforme C.5.4.27, a saber:

> O mesmo Augusto a João, Prefeito do Pretório – Mandamos que as núpcias que foram proibidas pela Lei Julia ou Papia entre homens e mulheres maiores ou menores de sessenta ou de cinquenta anos não se impeçam de nenhum modo ou por parte alguma, querendo os homens contrair tais núpcias[23].

22 KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 323.

23 Texto em língua espanhola: "El mismo Augusto à Juan, Prefecto del Pretorio. – Mandamos que las nupcias que fueron prohibidas por la ley Julia ó Papia entre hombres y mujeres mayores o menores de sesenta o de cincuenta anos, no se impidan de ningún modo ó por parte de alguna, queriendo los hombres contraer tales nupcias" (JUSTINIANO, García Del Corral Ildefonso 1889. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. T. IV. Barcelona, 1889).

Portanto, desde o Direito Romano já se verificava essa preocupação relativamente ao patrimônio da família, dos viúvos, bem como daqueles que tinham idade de sessenta anos, se homens, e cinquenta anos, se mulher. O crescimento do Cristianismo, sobretudo no governo do Imperador Constantino, favoreceu a defesa da mulher, concretamente com a imposição de garantias pecuniárias, em especial, contra os injustos repúdios feitos pelos romanos às suas mulheres, limitando o poder de repúdio a causas graves limitadas pela lei[24].

Importante esclarecer que o direito dotal romano deu azo à espécie de regime de separação de bens, como se denota no ordenamento jurídico português, que assim o classifica, nos ensinamentos de Santos[25].

Por sua vez, o direito matrimonial dos povos germânicos, também conhecidos como povos bárbaros, em face de não se expressarem em latim, é marcado pela viva inteligência, pelo pensamento elevado, pelos fortes laços constitutivos da família, que se fundava tanto na linha maternal como na paternal[26]. Há que salientar, para que seja possível compreender o regime matrimonial dos povos germânicos, que detinham um forte sentimento de dignidade moral, havendo respeito à sua esposa, sendo muito raros os casos de poligamia, estes restritos à classe rica[27]. Aplicavam os germânicos, de igual forma, o regime dotal, no entanto, ao contrário de Roma, na Germânia, o marido é que atribuía um dote à mulher. É o que se concretiza no princípio de direito germânico: *"dos ex marito"*. Assim, o dote não era dado ao marido, pelo contrário, ofertado por ele, atendendo o antigo brocardo jurídico que diz: *"Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert"*.[28] Identificava-se, de igual forma, uma igualdade de condições entre as mulheres germânicas e seus maridos, tratando-se da verdadeira gênese de um regime matrimonial de comunhão de bens, do berço da comunhão de bens, nas palavras de Aubéry[29], a saber:

---

24 AUBÉRY, Gaëtan. *La Communauté de Biens Conjugale*. Paris: Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 1911, p. 58.

25 SANTOS, Eduardo dos. *Direito da Família*. Lisboa: Almedina, 1985, p. 314.

26 AUBÉRY, Gaëtan. *La Communauté de Biens Conjugale*. Paris: Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 1911, p. 69.

27 *Ibidem*, p. 72.

28 *Ibidem*, p. 72.

29 Tradução livre do autor: "Crê-se ver nos costumes da Germânia primitiva o berço da comunhão de bens. A vida nômade, a modicidade do valor dos objetos usuais, ausência de propriedade imobiliária teriam sido as circunstâncias para conduzir a uma comunhão de fato entre os esposos: para eles tudo devia se confundir" (*Ibidem*, p. 72).

> On a cru voir dans les moeurs de la Germanie primitive le berceau de la communauté conjugale. La vie nomade, la modicité de valeur des objects usuels, l'absence de proprieté immobilière auraient tout autant de circonstances devant entraîner forcément une communauté de fait entre les époux: pour eux tout devait se confondre.

É o que registra Pontes de Miranda[30]:

> Regime igualitário; Francos, Visigodos, Lombardos, Burgúndios. Se bem que os Romanos houvessem permitido entre os cônjuges a *societas omnium bonorum*, os costumes foram hostis, e é possível que alguns casos de comunhão a que os romanistas fazem referência tenham sido imitação dos chamados bárbaros.

Após as invasões, o povo germânico (bárbaro) modificou suas condições de vida, pois deixou a vida nômade, estabelecendo-se as famílias em regime agrícola, cultivando as terras conquistadas. A primeira movimentação dos germânicos foi buscar a aplicação de seus costumes, afastando o direito romano, no entanto, logo compreenderam que suas disposições costumeiras eram insuficientes, fazendo-se necessária uma maior complexidade de determinações, prosseguindo a obedecer ao Código de Teodosiano, vigente à época. Evidentemente que o convívio dos germânicos com os romanos trouxeram influências[31].

Na Idade Média, curiosamente, a descentralização política, em face do feudalismo, fez renascer o espírito de unidade da família, do vínculo conjugal, bem como da consciência dos seus deveres daí decorrentes. O Cristianismo, de igual forma, passa a ser um grande motor no sentido de valorar a sua esposa e filhos. Destacou Aubéry[32]:

> Il est curieux de voir l'unité de la famille au milieu du démembrement politique. Nous avons déjà dit que le Christianisme, que fut le grande moteur des Croisades, prit une parte prépondérant dans cette oeuvre de relèvement de la femme et

30 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado***.** Tomo VIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 211.

31 AUBÉRY, Gaëtan. *La Communauté de Biens Conjugale*. Paris: Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 1911, p. 73.

32 Tradução livre do autor: "É curioso de ver a unidade da família no meio do desmembramento político. Nós tínhamos já dito que foi o grande motor das Cruzadas, tomou uma parte preponderante nesta obra de elevar novamente e afirmar que o homem não deve somente à sua pátria, como Roma, mas ainda a sua esposa e aos seus filhos" (*Ibidem*, p. 134).

> d'affermissement que l'homme ne se devait pas seulement à sa patrie, comme à Rome, mais encore à son épouse et à ses enfants.

De tal arte, na Idade Média, marcadamente volta-se ao regime de bens da comunhão de bens entre os esposos, decorrente da absorção do elemento galo-romano com o germânico[33]. No reinado de Dom Afonso V, no século XV, realizou-se importante compilação da legislação portuguesa à época, que recebeu o nome de "Ordenações Afonsinas". Há que se destacar, em seu Livro IV, Título XII, que as Ordenações Afonsinas regulavam a matéria relativa ao regime matrimonial de bens, que assim dispunha:

> O costume foi em esses Reinos de longamente usado, e julgado, que honde o casamento he feito antre o marido e a molher per **Carta de meetade**, ou em tal lugar, que per usança se partam os bens de por meo aa morte sem haver hy tal Carta, morto o marido, a molher fica em posse sem posse e Cabeça do casal [...][34] (grifo nosso).

Segundo Pontes de Miranda[35], em que pese a aplicação da "Carta de metade" no período das Ordenações Afonsinas, havia lugares em que se aplicava, excepcionalmente, segundo o costume e a tradição, o regime matrimonial da separação de bens ou o regime dotal, como acontecia no Sul do Tejo. As Ordenações Manuelinas, em 1521, estabeleceram que o regime matrimonial de bens era o da comunhão universal de bens, a não ser que outro houvesse sido contratado, conforme seu Livro IV, Título 7, a saber:

> Todos os casamentos que forem feitos em nossos reinos, e Senhorios, se entendem seer feitos por **Carta de metade**, salvo quando antre as partes outra cousa for acordado e contractado, porque entonce se guardará o que antre elles for concertado[36] (grifo nosso).

Assim, nas Ordenações Manuelinas, estabeleceu-se como regime matrimonial o de comunhão de bens, salvo quando não fosse convencionado outro em contrário, que poderia

---

33 *Ibidem*, p. 140.

34 PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l4p76.htm>. Acesso em: 20 jan. 2010.

35 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado***.** Tomo VIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 212.

36 PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas.* Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l4p76.htm>. Acesso em: 20 jan. 2010.

ser da separação de bens[37]. Em 1603, as Ordenações Filipinas repetiram que: "Todos os casamentos que forem feitos em nossos reinos, e Senhorios, se entendem ser feitos por Carta de ametade, salvo quando entre as partes outra cousa fôr acordada e contracta-da, porque então será guardado o que entre elles fôr contractado"[38]. Pontes de Miranda[39] acentua a origem da comunhão universal de bens aos povos germânicos, declarando sua influência nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Cumpre trazer a lume a gênese da separação obrigatória de bens na própria legislação portuguesa da época das Ordenações Filipinas, quando já havia preocupação por parte do Reino de Portugal de salvaguardar os filhos, em caso de segundas e terceiras núpcias, como se verifica pelo Alvará expedido sob a égide das Ordenações Filipinas, datado de 23 de novembro de 1770[40]:

> E pugnando outros pelo genuino e verdadeiro espirito della para se persuadirem, que em todos os casos, e muito especialmente naquelles, em que os patrimônios dos ditos viúvos, se compõem de dinheiro, peças de ouro e prata, e semelhantes moveis de facil distracção, não eram necessário esperarem-se os effectivos matrimonios, mas que bastava se possessem os viúvos em acto proximo de os contrahirem para logo se deverem applicar as referidas providencias; porque sendo aquelles bens de tão facil ocultação, e descaminho, presumiveis nos pais, que abandonando o amor paterno, se deixão arrastar por paixões tão lesivas aos filhos, serão inúteis as providencias de huma Lei que se dirigia a obviar aquelle prejuizo, se se applicassem depois que elle fosse huma vez inferido, e de se fazer isso irremediavel. [...] que os viúvos ou viuvas celebrem com effeito os segundos, ou terceiros casamentos; mas que basta somente se prove que elles ou ellas os tem ajustado, para que os filhos, ou quaesquer outros parentes possão requerer a Meza do Dezembargo do Paço ou aos Magistrados, a que pertencer, as providencias; quanto aos viúvos a facção do inventario e a caução de indemnidade; e quanto as viuvas, que se acho ordenadas no paragrapho vinte e nove da sobredita lei.

---

37 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado***.** Tomo VII, Campinas: Bookseller, 2000, p. 288.

38 PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p832.gif>. Acesso em: 20 jan. 2010.

39 PONTES DE MIRANDA, *op. cit*., p. 213.

40 PORTUGAL. *Alvará de 23 de setembro de 1770*. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4pa1062.htm>. Acesso em: 20 jan. 2010

No tocante ao Código de Napoleão, de 1804, verifica-se que, em que pese ideário liberal, foi proclamado o poder marital em termos absolutos: "Artigo 213. O marido deve proteção a sua mulher, a mulher, obediência ao marido"[41]. No sentido de buscar pesquisar o maior número de diplomas legais que possam ter influenciado a legislação brasileira, que somente passou a tratar da matéria de forma codificada com o Código Civil Brasileiro de 1916, colacionam-se os artigos do Código Português de 1867, que tratava expressamente acerca da separação de bens, a saber: "Artigo 1.227: Nos casamentos feitos com separação de bens, cada um dos cônjuges conserva o domínio de tudo o quanto lhe pertence, podendo dispor dos respectivos bens livremente, salva a restrição imposta no artigo seguinte"[42]. Importa destacar que, em que pese não haver disposição expressa no capítulo próprio acerca de separação obrigatória de bens, já se pode identificar essa preocupação no dispositivo ora trazido, a fim de dar proteção aos bens para os filhos:

> Artigo 1.237: A mulher que contrahir segundas núpcias após completar cincoenta anos, não poderá alhear por título algum desde o dia em que haja contrahido o segundo matrimonio, a propriedade de duas terças partes, dos bens mencionados no artigo 1235, em quanto tiver filhos e descendentes que possam haver[43].

Sendo assim, há que se referir que, no panorama histórico desenvolvido, verificou-se a evolução dos regimes matrimoniais, de regimes primitivos completamente administrados pelo marido no Direito Romano (*manus*) para um regime de comunhão de bens, que deriva da vertente germânica. Mais particularmente, na história dos regimes matrimoniais de bens, identifica-se o Regime de Separação de bens, verificando que se tem notícia histórica do mesmo antes de integrar literalmente as Ordenações, como costume do reino, e, posteriormente, com as Ordenações Manuelinas, desenvolvendo-se até o Código Português de 1867, quando se tornou um dos regimes cabíveis que deveriam ser expressamente contratados pelos cônjuges. Ainda, depreende-se da legislação portuguesa a preocupação com a proteção dos viúvos e dos herdeiros, ante segundas núpcias, sendo gênese do dispositivo de separação obrigatória de bens.

---

41 SANTOS, Eduardo dos. *Direito da Família*. Lisboa: Almedina, 1985, p. 299.

42 PORTUGAL. *Código Civil Português*. Disponível em: <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>. Acesso em: 20 jan. 2010.

43 *Ibidem*.

Do relato trazido, depreende-se que, no transcurso da história, os povos, de uma forma ou de outra, buscaram dar proteção ao ente família, em face da importância no contexto social é o que Lepointe[44] revela em sua obra "La Famille dans L'Ancien Droit":

> Mas além da vida física e corporal, a família desenvolveu um papel de primeira importância sob o ponto de vista social. Os povos, as nações valem após se mensurar o quanto vale a família. Diga-se que: "É sobre o joelho da mãe que se forma e que há o que é de maior e mais útil ao mundo: um homem honesto".

2.2 Do regime obrigatório de separação de bens no Código Civil Brasileiro

Após a vigência na então República dos Estados Unidos do Brasil das Ordenações Filipinas, a Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916, intitulado Código Civil Brasileiro, entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1917, revogando expressamente em seu artigo 1.807 as Ordenações e alvarás do Reino Português. O Código Civil Brasileiro de 1916, conformando-se em uma codificação genuinamente brasileira, regulou a matéria pertinente aos regimes matrimoniais de bens, dando o seguinte trato, no tocante ao regime obrigatório de separação de bens:

> Art. 258. Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: I - Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216); II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos; III - do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, no termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919). IV - de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453). (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)[45].

Portanto, verifica-se que a finalidade da norma foi assegurar o direito dos órfãos, dos menores[46] que casam,

---

44 LEPOINT, Gabriel. *La Famille das L'Ancien Droit*. Paris: Éditions Domat Montchrestien, 1947, p. 2.

45 BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916*, da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

46 Expressão atualmente substituída por "criança" ou "adolescente" pela doutrina jurídica nacional, com base em um processo evolutivo acerca da evolução histórica da família (ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando Nós e Criando Laços***.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012).

e, de igual forma, estendeu a proteção à defesa do patrimônio dos maiores de sessenta anos e das maiores de cinquenta anos, limitando, portanto, a sua autonomia de vontade destes, no sentido de não ser possível escolherem os regimes aplicáveis no direito brasileiro à época (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, regime dotal e regime de separação convencional). Nader[47] assim acentua acerca do Código de 1916:

> Pelo Código de 1916 (art. 258, inciso II), aquele limite se destinava apenas ao homem, enquanto para a mulher a previsão era de cinquenta anos. Na visão do legislador, a partir de certa idade a pessoa se tornaria suscetível de sofrer o que, na boa gíria, costuma se designar por "golpe do baú". A fim de proteger os interesses da prole, o legislador impõe a separação, impedindo destarte a comunhão dos bens existentes anteriormente ao casamento. Uma outra razão seria quanto à expectativa de vida que, não sendo grande, não justificaria um regime que instaurasse a comunhão dos bens anteriores existentes.

Gonçalves[48] refere:

> A restrição é eminentemente de caráter protetivo. Objetiva obstar à realização de casamento exclusivamente por interesse econômico. O Código Civil de 1916 impunha o regime de separação somente ao homem com mais de 60 anos. Para a mulher, o limite de idade era de 50 anos.

Venosa[49], de igual forma, manifestou-se:

> Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos no Código de 1916, o legislador compreendeu que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A ideia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém idoso.

Com o advento do Código Civil de 2002, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, inicialmente, pouco se modificou no tocante à matéria, apenas havendo uma uniformização para sessenta anos, todavia, em momento posterior, em face de verdadeira manifestação da sociedade civil, foi aumentada a idade para setenta anos, a partir da Lei n. 12.344, de 2010, independente do fato de o cônjuge ser

47 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 441.

48 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro***.** V. VI. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 417.

49 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. V. 6. São Paulo, Atlas, 2003, p. 175.

homem ou mulher. É o que dispõe o artigo 1.641, II[50]:

> 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 setenta anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Portanto, em que pese a modificação legislativa noticiada, manteve o Código Civil de 2002 a proteção aos menores, aos filhos, bem como ao patrimônio do maior de setenta anos, estabelecendo, ao desejar se casar, limite ao princípio da autonomia da vontade. É o que justificou, à época, o Senador Josaphat Marinho na manutenção do artigo 1.641, II, do Código Civil Brasileiro, como leciona Monteiro[51]:

> Trata-se da prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras. Possibilitar, por exemplo, a adoção do regime de comunhão universal de bens, num casamento assim celebrado, pode acarretar consequências desastrosas ao cônjuge idoso, numa dissolução *inter vivos* de sua sociedade conjugal, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução *causa mortis* do casamento.

Com a devida vênia, novos rumos precisam ser tomados, em face dos fundamentos que seguem.

3 NOVOS RUMOS PARA O REGIME MATRIMONIAL DE BENS AO CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS

3.1 Dos fundamentos para uma nova perspectiva

3.1.1 Da adequação do atual Regime Obrigatório de Separação de Bens feita pela jurisprudência em face do Princípio do não enriquecimento sem causa

Cumpre destacar que o regime obrigatório de separação de bens descrito no Código Civil Brasileiro já

50 BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

51 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil***.** V. 2. Direito de família. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. 37. ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 218.

não vem atendendo aos anseios dos jurisdicionados brasileiros, o que *de per se* denota a necessidade de alterações legislativas. Por isso, pode-se afirmar que a literalidade do que consta no Código Civil Brasileiro, a partir da maturação jurisprudencial, identificou que a mera aplicação ao caso concreto dos dispositivos legais fomentaria o enriquecimento sem causa. De tal arte, deve a norma jurídica, no contexto do ordenamento jurídico, ser interpretada à luz dos princípios gerais de direito, observando a subsunção do direito ao caso concreto, que se materializa pela jurisprudência dos Tribunais. Visitando a Teoria do Ordenamento Jurídico, Bobbio[52], coconstrutor da Escola Italiana do Positivismo Analítico, referiu que:

> L'esigenza della nuova ricerca nasce dal fatto Che nella realtà Le norme giuridiche non esistono mai da sole, ma sempre in um contesto di norme, Che hanno particolari rapporti tra loro (e questi rapporti saranno in gran parte l'oggetto della nostra tratazione". Questo contesto di norme di suole chiamare "ordinamento".

Romano[53] que, igualmente, trata acerca desse tema, referiu que o Ordenamento Jurídico não é a simples soma dos pedaços, que são as normas, aduzindo que a vontade, o poder, a *mens* do Ordenamento Jurídico são distintos das normas individuais e independentes, constituindo um "todo vivente", um organismo. O Ordenamento Jurídico tem força própria, valendo-se de uma interpretação evolutiva, ou seja, a vontade do Ordenamento Jurídico é suscetível de mudar, sem que se incorporem novas normas, apenas alterando o ambiente social em que se deve encontrar a aplicação.

É o que se verifica quando se observou que a aplicação nua e crua do regime obrigatório de separação de bens constante no Código Civil Brasileiro acabava ferindo frontalmente os princípios gerais de direito, como o princípio do não enriquecimento sem causa, pois um dos cônjuges, ainda

52 Tradução livre do autor: "A exigência da nova pesquisa nasce do fato que, na realidade, as normas jurídicas nunca existem sós, mas sempre em um contexto de normas, que estabelecem relações entre elas (e essas relações serão parte do objeto da nossa análise). Esse contexto de norma é chamado costumeiramente de ordenamento" (BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico***.** Torino: Giappichelli, 1960, p. 3).

53 "Così, per esempio, si parla di uma volontà, di una potestà, di una mens di uma forza propria dell'ordinamento giuridico, distinta da quella delle singole norme e indipendente anche dalla volontà del legislatore che le ha emanate; si afferma che l'ordinamento medesimo costituisce un 'tutto vivente' un 'organismo', che ha quella 'forza propria, sebbene latente, di espansione e di adattamento' sulla quale si Fonda l'ammissibilità dell'analogia" (ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1951, p. 13).

que tenha contribuído para a aquisição de um bem, no entanto, como não consta como de sua titularidade, não teria direito algum sobre o mesmo. O princípio do não enriquecimento sem causa está entre aqueles que são basilares de qualquer Ordenamento Jurídico, basta verificar que as Institutas do Imperador Justiniano referem que: "Os preceitos do direito são os seguintes: viver honestamente, não lesar os outros, **dar a cada um o que é seu"**[54] (grifo nosso).

Com a devida vênia, a exclusão de direitos promovida pelo regime obrigatório de separação de bens, efetivamente, é aplicar o brocardo de forma inversa, qual seja: "não dar a cada um o que é seu". Importa destacar, que, para melhor compreender a matéria, há que ter em conta que o regime obrigatório de separação de bens foi introduzido no Brasil, à época, em que, na ausência de disposição em contrário, aplicava-se o regime de comunhão universal de bens. Saliente-se que somente com a Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, é que passou a ser a comunhão parcial de bens[55]. Nesse sentido, antes da mencionada alteração legislativa, poderia alguém desavisado, e, portanto, tendo se quedado silente, matrimoniar-se e, com isso, em face do regime vigente à época, entregar ao outro cônjuge a metade de seus bens conquistados até o momento da celebração do matrimônio. Ocorre que, atualmente, isso não é mais possível, visto que o estabelecimento do regime matrimonial de comunhão parcial de bens passa a ser regra no silêncio dos contraentes, apenas atingindo os bens havidos na constância do casamento.

A partir da ofensa ao princípio do não enriquecimento sem causa, o Supremo Tribunal Federal, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, editou Súmula 377 com o seguinte conteúdo: "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Portanto, a jurisprudência, na prática, acabou por corrigir as imperfeições legislativas. Na linha do afirmado por Madaleno[56], tal Súmula acaba por eli-

54 JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas*. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2001,. p. 21.

55 "Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial" (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977) (BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916*, da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012).

56 MADALENO, Rolf. *Regime de bens entre os cônjuges*. Direito de Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 176-178.

minar o regime obrigatório de bens, permanecendo apenas o regime de separação de bens convencional. É o que refere Venosa[57]:

> A jurisprudência, no entanto, procurou abrandar iniquidades em casos concretos trazidos pelo texto objetivo da lei, como apontamos. A maioria dos casamentos realizados sob o regime de separação legal é de jovens que amealham seu patrimônio no curso do casamento. Seria injusto, em princípio, não se comunicarem os bens adquiridos pelo esforço comum. A ideia, todavia, é de que, mesmo se casando sob o regime de separação, durante o casamento estabelece-se uma sociedade de fato entre os esposos, e os bens são adquiridos pelo esforço comum.

RessaltaVenosa[58], advertindo acerca de entendimentos em contrário:

> Por outro lado, como aponta Silvio Rodrigues, se o legislador quisesse determinar que o casamento fosse regido pela comunhão parcial, não se teria referido ao regime de separação, como faz o art. 258, mas expressamente ao regime da comunhão parcial. [...] Não entendemos, contudo, que a questão se encontra isenta de discussões. A súmula não ressalva que os bens que se comunicam são os comprovadamente decorrentes do esforço. Essa matéria é daquelas nas quais há um descompasso entre a doutrina e a jurisprudência.

De tal arte, eis o fundamento primeiro para o impulso a mudanças legislativas, além da violação ao princípio do não enriquecimento sem causa, dá-se a própria insegurança jurídica nas relações matrimoniais.

3.1.2 Do Princípio da Autonomia de Vontade

Segundo Savatier[59], a autonomia da vontade é o princípio que submete a criação do direito à vontade humana, encontrando seus limites na ordem pública, a saber:

> L'autonomie de la volonté, c'est le principe soumettant la création du droit à la volonté humaine. Celle-ci est libre de passer les actes que lui plaisent; en particulier, les hommes sont libres de se lier entre eux par des

57 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*, V. 6. São Paulo, Atlas, 2003, p. 176.

58 *Ibidem*, p. 177.

59 Tradução do autor: "A autonomia da vontade é o princípio que submete a criação do direito à vontade humana. Esta é livre de realizar os atos que desejar; em particular, os homens são livres de se ligar entre eles por contratos, fazendo nascer assim, um com o outro, tais relações de direito que a eles convêm. Mas essa liberdade tem os limites tirados das necessidades sociais. Esses limites constituem o que se chama de ordem pública" (SAVATIER, René. *Cours de Droit* Civil. 2. ed. 1947, p. 26).

> contrats, faisant naître ainsi, de l`un à l'autre, tels rapports de droit qui leur conviennent. Mais cette liberté a des limites tirées des necessites sociales. Ces limites constituent ce qu'on appelle ordre public.

Nesse sentido, para que se estabeleçam limites à autonomia da vontade, há que existir fundamentos jurídicos para tanto, efetivamente justificáveis em face dos valores que apóiam o Ordenamento Jurídico, por motivos de ordem pública. O Código Civil Francês, em seu artigo 1.387, proclama a liberdade das convenções matrimoniais, permitindo aos cônjuges que "façam como julgar" seu regime de bens, desde que não seja contrário aos bons costumes e às disposições legais. Estes, portanto, são os únicos casos de limites da autonomia da vontade, a saber: "La loi ne regit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à defaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu q'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions que suivent"[60].

O Direito Francês, portanto, admite a liberdade de convenções, e, no silêncio das partes, tem como regime de bens a comunhão legal, nos termos do artigo 1.400 do Código Civil Francês: "La communauté, qui s'etablit à defaut de contrat ou par la simples déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté,est soumise aux régles expliquées dans les trois section que suivent"[61].

Conforme Mazeaud e Mazeaud[62], o regime matrimonial de bens pode ser pactuado livremente por todo aquele que está apto ao casamento, não havendo, portanto, as limitações de autonomia de vontade, a saber: "c'est la régle: *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptiala"*. Na França, portanto, não há regime obrigatório de separação de bens, uma vez que esse regime se dá em dois casos: a) separação convencional, quando os esposos adotam

60 Tradução livre do autor: A lei rege a associação conjugal quanto aos bens, na falta de convenções especiais, os esposos podem fazer como eles julguem oportuno, desde que eles não sejam contrários aos bons costumes, nem aos dispositivos que seguem (FRANÇA. *Código Civil Francês*. 107. ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 1.633).

61 Tradução livre do autor: A comunhão, que se estabelece na falta de contrato ou pela simples declaração que se casam sob o regime da comunhão, é submissa às regras explicadas nas três seções que seguem (FRANÇA. *Código Civil Francês*. 107. ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 1.645).

62 Tradução livre do autor: É a regra: apto para casar, apto para pactuar o regime de bens (MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean**.** *Leçons de Droit Civil*. Paris: Éditions Montchrestien. 1955, p. 1.112).

esse regime no contrato de casamento, nos termos do artigo 1536 do Código Civil Francês: "Lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage qu'ils seraient separes de biens, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personelles"[63]; b) separação judicial, quando requerido a título de sanção, nos termos do artigo 1.443 do Código Civil Francês (separação judicial de bens):

> Si, par le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, il apparaît que le maintien la communauté met en péril les intêrets de l'autre conjoint, celui ci peut poursuivre la séparation e biens en justice[64].

No que é pertinente ao Direito Italiano, acerca da relação entre o princípio da autonomia da vontade e o Direito de Família, cumpre colacionar importante colaboração de Zoppini[65], em artigo intitulado "L'autonomia privata nel Diritto di Famiglia Sessant'anni dopo", na "Rivista di Diritto Civile", que defende a aplicação do princípio nesse campo do Direito, a saber:

> Il possibile uso distorto dell'autonomia negoziale non giustifica, tuttavia, la conclusione che nel diritto di famiglia il paternalismo del legislatore sia preferibile all'autonomia dei contraenti: il controllo fondato sulla nullità è senz'altro il meno efficiente, atteso che sacrifica indistintamente anche gli accordi che garantiscono assetti ottimali nel organizzazzione degli interessi familiari; al contempo, in termini di politica del diritto, la promozione dell'egualianza morale e giuridica non si realizza attraverso norme de divieto que limitino l'autonomia individuale.

---

63 Tradução livre do autor: No momento em que os esposos estipularam em seu contrato de casamento que eles teriam separados os seus bens, cada um deles conserva a administração, gozo e a livre disposição dos bens pessoais (FRANÇA, *op. cit*., p. 1.701).

64 Tradução livre do autor: Se pela desordem de negócios de um esposo, sua má administração ou sua negligência, constata-se que ele coloca a comunhão em perigo e os interesses do outro cônjuge, este pode buscar a separação de bens na justiça (*Ibidem*, p. 1.679).

65 Tradução livre do autor: O possível mau uso da autonomia negocial não justifica, todavia, a conclusão que no direito de família o paternalismo do legislador seja preferível à autonomia dos contraentes: o controle fundado sobre a nulidade é, sem dúvida, o menos eficiente, considerando que sacrifica indistintamente também os acordos que garantem ordens ótimas na organização dos interesses familiares; ao mesmo tempo, em termos de política de direito, a promoção da igualdade moral e jurídica não se realiza pela proibição que limite a autonomia individual" (ZOPPINI, Andrea. L'autonomia privata nel Diritto di Famiglia, sessant'anni dopo. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: CEDAM Casa Editrice Dott. Antoni Milani, Ano XLVIII, Mar./Apr. 2002, p. 227).

O Direito Italiano, dessa forma, consagra a autonomia da vontade ao dispor em seu artigo 159 que: "Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'articolo 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo"[66]. Por sua vez, o artigo 162 do Código Civil Italiano admite a separação convencional de bens, a saber: "La scelta del regime di separazione può anche essere dichiarata nell'atto di celebrazione del matrimonio"[67].

Tedeschi[68], a seu modo, em sua obra "Il Regime Patrimoniale della Famiglia", ressaltou o princípio da liberdade das convenções, referindo que as limitações a essa autonomia somente se dariam no caso dos direitos de família não patrimoniais, a saber:

> La libertà delle convenzioni matrimoniali è fondamentalmente riconosciuta dall'art. 159 do cod. Cciv [...] Le restrizioni a questa autonomia dei privati risultano da tutto il sistema della nostra legge, e specialmente dalla natura cogente di alcune norme di diritto familiare; ciò richiama l'art. 160. [...] L'art. 160 si riferisce anzitutto ai principii di diritto di famiglia non patrimoniale [...] Tra i diritti che appartengono al capo della famiglia, dal punto di vista non patrimoniale, si distinguono quelli che gli appartengono como marito e quelli che gli appartengono come padre. In relazione ai primi, costituenti la potestá maritale, sarebbe nullo il patto con cui si permettesse alla moglie la scelta del domicilio coniugale.

De tal arte, na Itália, há plena autonomia de vontade, no que toca ao regime de bens, por se tratar a escolha de regime de bens de direito de família patrimonial.

---

66 "O regime patrimonial legal da família, na falta de diferente convenção estipulada na norma do artigo 162, é constituído o regime de comunhão de bens regulada na seção III do presente *caput*" (ITÁLIA. *Codice Civile*. Milano: Egea, 2008, p. 50).

67 "A escolha do regime de separação pode ser declarada também no ato da celebração do matrimônio" (*Ibidem*, p. 51).

68 Tradução livre do autor: A liberdade das convenções matrimoniais é fundamentalmente reconhecida do artigo 159 do Código Civil. As restrições a essa autonomia dos privados resultam de tudo do sistema da nossa lei e, especialmente, da natureza cogente de algumas normas de direito de família; isso reclama o artigo 160. [...] O artigo 160 se refere acima de tudo aos princípios de direito de família não patrimonial. [...] Entre os direitos que pertencem ao chefe da família, do ponto de vista não patrimonial, distinguem-se daqueles que lhe pertencem como marido e aqueles que lhe pertencem como pai. Em relação aos primeiros, constituem o poder marital, seria nulo o pacto em que se permitisse à mulher a escolha do domicílio conjugal (TEDESCHI, Guido. *Il Regime Patrimoniale della Famiglia*. 3. ed. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinese, 1956, p. 40).

Em Portugal, por outro lado, o regime matrimonial de bens estabelece limitação à autonomia da vontade, aplicando limite etário de sessenta anos. É o que se depreende do Código Civil Português de 1966, em seu artigo 1.720, que trata do intitulado "Regime imperativo da separação de bens", a saber:

> Artigo 1720. 1. Consideram-se sempre contraídos sob o regime da separação de bens: a) O casamento celebrado sem precedência do processo de publicações; b) O casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade. 2. O disposto no número anterior não obsta a que os nubentes façam entre si doações. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)[69].

Como visto anteriormente, o Direito Português, desde 1770, já contava com alvará do Reino, que se preocupava com as paixões dos senhores viúvos, que haviam reunido fortuna em sua vida.

O Direito Brasileiro, como já mencionado, também aplica o regime obrigatório de separação de bens para os maiores de setenta anos, sofrendo severas críticas. Francisco José Cahali, atualizando a obra de Rodrigues[70], referiu, diante da original redação do Código Civil de 2002, que:

> Talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime de comunhão, se assim lhes aprouver.

Há que se referir que parte da doutrina fundamenta seu entendimento no princípio da isonomia, constante do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, como faz Martins e Boiago Junior[71], para se posicionar de forma diversa à sua aplicação:

> À luz da Constituição Federal, a restrição imposta pelo legislador do Código Civil não prospera, haja vista, o princípio isonômico de todos serem tratados de forma paritária, sem qualquer discriminação em relação

69 PORTUGAL. *Código Civil Português*. Disponível em: <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>. Acesso em: 20 jan. 2010.

70 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 28. ed. rev. e atul. por Francisco José Cahali. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144-145.

71 MARTINS, Fabiane Parente Teixeira; BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. Questões controvertidas sobre a mutabilidade do regime de bens para as causas ensejadoras da separação obrigatória. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, n. 94, ano 8, out. 2007, p. 57.

> ao sexo e à idade, não podendo a senilidade ser considerada forma natural de incapacidade.

Por outro lado, refere Monteiro[72]:

> Com o devido respeito pelas posições contrárias ao regime de separação de bens e sua aplicabilidade obrigatório aos casamentos daqueles que contam com mais de sessenta anos de idade, é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico.

Revelam-se, portanto, interessantes posicionamentos.

3.2 Uma perspectiva acerca do regime matrimonial obrigatório de separação de bens ao maior de setenta anos

Com base na análise histórica do instituto em tela, depreende-se que o Regime Obrigatório de Separação de Bens aos maiores de setenta anos teve seu nascedouro *pari passu* com a preocupação havida relativamente às viúvas e viúvos, que, após amealharem um patrimônio de uma vida, poderiam vir a perdê-lo pelas segundas núpcias, em detrimento de seus filhos ou herdeiros, dispersando o capital reunido do âmago de sua família. Importa salientar que, em determinados diplomas legislativos, confundem-se a exigência mínima de idade e o estado civil de viuvez. É o que ocorreu, por exemplo, com a legislação portuguesa desde os alvarás e ordenações de Reino.

Cumpre referir que apenas o requisito idade máxima de setenta anos não pode figurar como determinante para que o indivíduo tenha que se matrimoniar pelo regime obrigatório de bens. Ora, a proteção dos interesses dos infantes, dos filhos das primeiras núpcias, deve permanecer. É isso que deve ser tutelado pelo Estado, e não o interesse do maior de setenta anos, que efetivamente não se configura de ordem pública, sendo situação adstrita à esfera privada do indivíduo.

Como se verificou, tal situação que determina a separação obrigatória para os maiores de setenta anos, além de incentivar a insegurança jurídica, fere frontalmente o princípio do não enriquecimento sem causa. Convém reprisar que o próprio Direito Romano excluiu o limite de idade para casamento. O Direito Italiano e o Direi-

72 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. V. 2. Direito de família. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 217-218.

to Francês, objetos de estudo, muito bem demonstraram que, não havendo ofensa à ordem pública, não há como ingressar na esfera patrimonial do indivíduo.

Ademais, como se verificou da doutrina, em especial a italiana, os regimes matrimoniais fazem parte do direito patrimonial de família, portanto, deve haver severo abrandamento da intervenção estatal, contrariamente a outras situações jurídicas do Estatuto Pessoal, como nome, domicílio, paternidade e filiação. Portanto, dentro dessa fundamentação, a perspectiva proposta é de alteração legislativa para que seja retirada do rol do artigo 1.641 do Código Civil a determinação de regime obrigatório de separação de bens ao maior de setenta anos, permitindo que ele possa escolher, e, no seu silêncio, aplique-se o regime de bens da comunhão parcial de bens, como dispõe o ordenamento jurídico. Ora, se o maior de setenta anos desejar casar com a comunhão universal de bens, fará o pacto antenupcial, dentro dessa nova perspectiva, e, mesmo nesse regime, à luz do direito sucessório, não retira o direito dos herdeiros, devendo poder fazê-lo.

Ademais, importa destacar que o indivíduo maior de setenta anos, como todo e qualquer jurisdicionado, não perderá o direito de exercer o que preceituam os artigos 1.548 e 1.550 do Código Civil Brasileiro, que se voltam a situações de invalidade e de anulabilidade do casamento, visto que: aquele que casou sem o necessário discernimento, por ser enfermo mental (artigo 1.548, I do CCB), bem como aquele que se casou manifestando sua vontade eivada por vício, por erro essencial ou coação (artigo 1.550, III), em ambos os casos poderão buscar a tutela jurisdicional. É nesse sentido que se compreende a matéria, no sentido de excluir o maior de setenta anos entre aqueles que tenham que obrigatoriamente casar em regime de separação de bens, reservando-lhe o direito de buscar a invalidade e anulabilidade do matrimônio, quando for o caso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na pesquisa realizada, em nível histórico, bem como nas fontes do Direito Comparado, tornou-se possível tecer as seguintes considerações finais, a saber:

Verificou-se que no transcorrer da história da humanidade sempre houve preocupação acerca dos regimes matrimoniais de bens, no sentido da proteção da família, dos filhos menores, dos herdeiros e das pessoas de idade avançada, que possuíam patrimônio.

Analisou-se a legislação brasileira, apreendendo-se que esta, atualmente, não responde aos interesses dos jurisdicionados, mormente em face da aplicação de Súmula 377 do

Supremo Tribunal Federal, válvula para soluções de injustiças em casos concretos.

Que a aplicação apenas dos dispositivos do Código Civil Brasileiro vigente acaba por gerar violação ao princípio do não enriquecimento sem causa, visto que os cônjuges contribuem mutuamente para a aquisição de patrimônio e, no regime obrigatório de separação de bens, sem a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, não é alcançado ao cônjuge qualquer direito relativamente ao bem que não está registrado em sua titularidade.

Identificando-se a situação de iniquidade no caso concreto, passou-se a analisar o princípio do não enriquecimento sem causa e sua necessária aplicabilidade em matéria de regime de bens.

Estabeleceu-se a importância do princípio da autonomia da vontade, classificando-se os regimes matrimoniais de bens em direito patrimonial de família, que, portanto, permite maior autonomia da vontade, ao contrário daquelas situações em que se configuram direito pessoal de família, como o caso do nome e filiação.

À luz do Direito Comparado moderno, bem como da doutrina brasileira, esquadrinhou-se os posicionamentos aplicáveis.

Apresentou-se uma perspectiva para o instituto no sentido de retirar do rol de casos de regime obrigatório de separação de bens os maiores de setenta anos, em face de sua autonomia de vontade, não sendo o caso de ofensa à ordem pública o seu direito de escolha.

Permitir, inclusive, que os maiores de setenta anos possam optar pelo regime de comunhão universal, desde que feito com pacto antenupcial, na forma da lei pátria, ressaltando que não ofenderá, de igual forma, a herança de seus sucessores.

Destacar que o indivíduo maior de setenta anos, como todo e qualquer jurisdicionado, não perderá o direito de exercer o que preceituam os artigos 1.548 e 1550 do Código Civil Brasileiro, que se voltam à situações de invalidade e de anulabilidade do casamento, visto que: aquele que casou sem o necessário discernimento, por ser enfermo mental (artigo 1.548, I do CCB), bem como aquele que se casou manifestando sua vontade eivada por vício, por erro essencial ou coação (artigo 1.550, III), em ambos os casos, poderão buscar a tutela jurisdicional.

Referir que a matéria é árida, mas que merece urgente tratamento legislativo, em face da insegurança jurídica e potenciais situações de enriquecimento ilícito promovidas pelo próprio ordenamento jurídico, tolhendo o direito daqueles que laboraram conjuntamente para a construção de um patrimônio, ferindo o brocardo jurídico romano que determina que seja "dado a cada um o que é seu".

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AUBÉRY, Gaëtan. *La Communauté de Biens Conjugale*. Paris: Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 1911.

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960.

BONFANTE, Pietro. *Famiglia e Successione*. Torino: Unione Topor-gracio: Editrice Torinese, 1926.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916*, da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jan. 2012.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jean Melville. Martin Claret, 2001.

FRANÇA. *Código Civil Francês*. 107. ed. Paris: Dalloz, 2008.

GILSSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. VI. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HÉMARD, Joseph. *Précis Élémentaire de Droit Civil*. 2. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936.

ITÁLIA. *Codice Civile*. Milano: Egea, 2008.

JUSTINIANO, García Del Corral Ildefonso 1889. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. T. IV. Barcelona, 1889.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas*. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2001.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEPOINT, Gabriel. *La Famille das L'Ancien Droit*. Paris: Éditions Domat Montchrestien, 1947.

MADALENO, Rolf. *Regime de bens entre os cônjuges*. Direito de Família e o novo Código Civil, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARTINS, Fabiane Parente Teixeira; BOIAGO JÚNIOR, José Wilson. Questões controvertidas sobre a mutabilidade do regime de bens para as causas ensejadoras da separação obrigatória. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, n. 94, ano 8, out. 2007.

MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean**.** *Leçons de Droit*

Civil. Paris: Éditions Montchrestien, 1955.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. V. 2. Direito de família. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos da família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 326, abr. mai. jun. 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l4p76.htm>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. *Ordenações Manuelinas*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l4p76.htm>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p832.gif>. Acesso em: 20 jan. 2010

_____. *Alvará de 23 de setembro de 1770*. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4pa1062.htm>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. *Código Civil Português*. Disponível em: <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>. Acesso em: 20 jan. 2010.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 6.

ROMA. *Código de Justiniano*. Disponível em: <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>. Acesso em: 20 jan. 2010

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1951.

ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando Nós e Criando Laços*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Eduardo dos. *Direito da Família*. Lisboa: Almedina, 1985.

SAVATIER, René. *Cours de Droit Civil*. 2. ed., 1947.

TEDESCHI, Guido. *Il Regime Patrimoniale della Famiglia*. 3. ed. Torino: Unione Tipográfico Editrice Torinese, 1956.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. V. 6. São Paulo, Atlas, 2003.

ZOPPINI, Andrea. L'autonomia privata nel Diritto di Famiglia, sessant'anni dopo. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: CEDAM Casa Editrice Dott. Antoni Milani, Ano XLVIII, Mar./Apr. 2002.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL (HOMÓLOGA) *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO, QUANDO AUSENTE AUTORIZAÇÃO PARA O PROCEDIMENTO: UMA VISÃO INSTITUCIONALISTA

Felipe Cunha de Almeida[1]

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a questão do direito ao reconhecimento de filiação, ao filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, e, consequentemente, direito à sucessão, mesmo sem que tenha havido autorização expressa do pai para a realização do procedimento. Ainda há importante questão a ser enfrentada, como no caso de eventual situação do filho concebido pelas técnicas de fertilização, mas que não incluído no rol dos herdeiros, eis que concebido e nascido muito após inventário e partilha de seu pai, autor da herança. De tal sorte que, em se tratando de preterição e de direito de herança, este, além de garantido constitucionalmente, também é previsto como direito fundamental e, como tal, tem como uma das suas características a imprescritibilidade; de modo que seria possível à legislação infraconstitucional estabelecer prazos prescricionais para a busca daquele direito?

1 Advogado em Porto Alegre, especialista em Direito Processual Civil e professor em curso preparatório para concursos.

Iniciamos a presente tarefa utilizando-nos das lições do festejado Silvio Venosa, ao abordar tema referente aos filhos e a família, quando, concordando com o autor, também entendemos que os temas atuais em relação ao Direito de Família desafiam o legislador. Trazemos os ensinamentos do Mestre supracitado para o estudo aqui colocado; as inseminações artificiais (o nosso foco), as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas etc. criam situações fáticas que originam debates e polêmicas a respeito dessas discussões, sobre as quais a legislação específica e até constitucional, dependendo dá ótica e da interpretação dos juristas, pode ou não contemplar. Continuando na esteira de raciocínio do estimado jurista, este assevera, e com razão, que a ciência evolui de forma rápida, fazendo com que a sociedade espere respostas mais ágeis e rápidas do Direito; fato este que, no passado, não ocorria, pois as alterações eram quase que exclusivas de ordem sociológica. Portanto, gradativas[2].

Venosa exemplifica a questão acima, em relação ao aspecto tecnológico e jurídico, quando faz menção à criação da Lei n. 9.263/96, a qual veio a regular o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar[3]:

> O conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (art.1º).

De modo que a norma acima transcrita complementa a Constituição Federal, no sentido de oportunizar à pessoa a livre manifestação de vontade acerca do planejamento familiar, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Nesse aspecto, encaixa-se perfeitamente com o estudo em questão, haja vista que, somados todos os princípios que serão aqui analisados e alguns já mencionados, bem como a questão da característica de direito fundamental insculpida na herança, a polêmica gira em torno da questão de prazos prescricionais ou decadenciais que atingiriam ou não o direito previsto na Carta Magna.

2 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família.* São Paulo: Atlas, 2011, 11ª ed., p. 15.

3 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família.* São Paulo: Atlas, 2011, 11ª ed., p. 15.

2 QUESTÕES POLÊMICAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO

O Código Civil exclui da sucessão o chamado concepturo, ou seja, aquele que ainda não foi concebido (embrião gerado *in vitro*), já que não figura na condição de nascituro, eis que ainda não pertencente ao ventre materno.

Diz o referido Diploma, em seu artigo 1.597:

> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
> II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
> III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
> IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
> V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Retornando à tramitação do Código Civil de 2002, Silvio Venosa pontua que, ante insistentes críticas quanto ao Projeto original do Código, eis que, de início não havia menção ao tema da fertilização assistida, foram inseridos, mas de forma muita rápida, no ordenamento, os incisos III, IV e V. Tais dispositivos, como estamos vendo, tratam dos casos de fecundação homóloga e de embriões excedentários. Venosa ainda ressalta que o atual Código não autoriza e nem trata de regular a reprodução assistida, mas, apenas e tão somente, faz uma constatação da lacuna e da existência da problemática existente, procurando a legislação solucionar os aspectos quanto à paternidade; ressaltando a necessária e urgente regulação da matéria em legislação específica[4].

Outra questão polêmica quanto aos embriões é a possibilidade fática de que eles podem ser albergados no útero de outra mulher, fato que faz com que venha à tona o problema da maternidade sub-rogada, maternidade de substituição ou, ainda, maternidade de aluguel.

No entanto, a própria Carta Magna, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário, bem como o Código Civil, vedam qualquer forma de distinção de tratamento acerca da filiação e, novamente, surge o ponto de interrogação, no sentido de que todo o ordenamento jurídico

4 VENOSA, Sílvio da Salvo. *Código Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.456.

visa proteger os filhos e a família. No entanto, caso determinado herdeiro seja preterido ao direito de herança, e o prazo prescricional ou decadencial tiver implantado, certamente verá o seu direito fundamental de herança sucumbir.

A Constituição Federal em conjunto com os ordenamentos acima citados, além de protegerem a criança e a família, como referido, vedam, de forma latente, qualquer forma de discriminação entre filhos, de forma a serem preservados os princípios da igualdade, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

Vejamos o tratamento da questão, pela ótica da Carta Magna:

> 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;.

Embora a complexidade do significado da pessoa humana, e para também não desviarmos do foco deste estudo, importante referir que tal instituto está acima de qualquer preço, sendo atributo exclusivo da pessoa humana. De tal significado decorre que a dignidade é uma qualidade congênita, irrenunciável e inalienável, inerente a todos os seres humanos. Portanto, embora resumido e objetivo o significado trazido, a constatação que se faz é que o princípio aqui trazido não decorre do ordenamento jurídico, e que não pode ser retirado das pessoas; é de caráter objetivo, independentemente de regime político social, religioso ou cultural em que se encontra[5].

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Seguindo a linha de raciocínio em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o art. 5º é fundamental para o nosso estudo, eis que coloca determinados direitos em uma posição privilegiada, ou seja, imputa à herança a qualidade de direito fundamental e, como regra, tem a característica da imprescritibilidade, esta inerente aos direitos fundamentais, como se sabe.

Paulo Bonavides, em citação a Konrad Hesse, aduz que os direitos

5 BAEZ, Narciso Leandro Xavier; JANCZESKI, Célio Armando (Coord.). *Constituição Federal Comentada.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 22.

fundamentais são entendidos como aqueles que objetivam a criação e manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana[6].

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> [...].
>
> § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O artigo acima transcrito avoca o princípio da proteção integral quando assegura uma série de direitos à criança e ao adolescente, e de uma forma com absoluta prioridade, haja vista o nível de proteção e tratamento que busca conferi-los.[7]

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> [...]
> 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Observa-se que a família está antes acima do Direito, vislumbrá-la apenas por meio do ordenamento jurídico é tão somente enxergá-la sem vê-la em sua totalidade[8]. Portanto, entendemos como contraditória a existência de um arcabouço jurídico, filosófico e político, no sentido de proteção integral da família, de seus membros e dos seus direitos, inclusive com o alargamento de tal conceito e, simultaneamente, a existência de lei que afaste a característica da imprescritibilidade dos direitos fundamentais, quanto à herança, quando incidente prazo para que se possa buscá-la.

---

6 BERNARDI, Silvia Waltrick; JANCZESKI, Célio Armando (Coord.). *Constituição Federal Comentada.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 44.

7 MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo; JANCZESKI, Célio Armando (Coord.). *Constituição Federal Comentada.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 689.

8 MOSCHETTA, Silvia Ozelame Rigo; JANCZESKI, Célio Armando (Coord.). *Constituição Federal Comentada.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 682-683.

Por sua vez, o Código Civil trata da matéria abordando os seguintes artigos:

> Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A Constituição Federal, utilizada como balizador em relação aos direitos dos filhos, como se percebe deste trabalho é, em nosso entendimento, o que o deve nortear o ordenamento jurídico. Portanto, o supratranscrito artigo 1.596 do Código Civil, quando trata da filiação, menciona expressamente a proibição a qualquer tipo de discriminação, tal e qual consta na Carta.

Como dito, a Carta Magna coroou a tendência universal em relação ao tema da filiação. Ou seja, não se discriminam os filhos em razão de sua origem. Portanto, em se tratando de filhos, todos são iguais perante a lei, e assim devem ser tratados. Importante, para tanto, a definição de Venosa sobre a filiação: "pode ser definida como o liame jurídico existente entre pai ou mãe e seu filho". Ainda, a ressalva acerca do vínculo, se legítimo, adotivo, natural ou afetivo, apenas distingue; no entanto, jamais pode discriminar[9].

Nessa seara, também aborda o tema o Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.
>
> Art. 27. 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.

O Pacto de São José da Costa Rica trata a família como direito fundamental, vejamos o teor de seu texto:

> Artigo 17 – Proteção da família
> 1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
> [...].
>
> Artigo 27 – Suspensão de garantias.
> 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá

9 VENOSA, Sílvio da Salvo. *Código Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.455.

> adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.
> 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 6º (proibição da escravidão e da servidão), 9º (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.
>
> Art. 11
> [...]
> 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
> [...]

Como pudemos perceber, a legislação protetiva é farta. No entanto e por outro lado, a pergunta que se faz é que deve haver um lapso temporal a ser observado (prescrição/decadência) para que se entenda como legítima e legal a sucessão daquele nascido em razão da inseminação artificial, sem o consentimento do pai, como nos casos estudados, sob pena de afronta à segurança e ao ordenamento jurídico?

Com base na indagação acima, repita-se, é possível haver supressão do direito sucessório àquele concebido e nascido, por meio de inseminação artificial *post mortem*, nos casos em que não haja prova de autorização do autor da herança para o procedimento?

O fato, em primeiro lugar, é que há concepção e, tudo correndo dentro da normalidade, o posterior nascimento de uma criança é fato inevitável. Sendo assim, a questão cinge-se em se saber se terá, ou não, direito sucessório e, ainda, se existe prazo para que se possa incluir o herdeiro na sucessão que já se perfectibilizou. Por outro lado, o Código Civil não contempla tal situação, quando ausente autorização, como antes mencionado.

Existe corrente aduzindo pela impossibilidade de reconhecimento à sucessão, quando ausente autorização para a fertilização, pois, naquele momento, não haveria expressão da vontade do falecido quanto ao procedimento, sendo assim impossível a presunção de paternidade.

Independentemente da corrente que se filie, os casos de nascimento de seres humanos por meio do procedimento estudado não obstam os laços de sangue. Há entendimento também que, nesses casos, não haveria problema em

ser reconhecida a filiação, no entanto, o direito à sucessão estaria excluído.

Vejamos a dicção dos artigos 1.798 e 1.799, respectivamente, do Código Civil:

> Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.
>
> Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
> I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
> II – as pessoas jurídicas;
> III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Existe, ainda, hipótese de resolução da questão com base no art. 1.800 § 4º do Código Civil, desde que respeitado o prazo de dois anos:

> Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.
> [...]
> § 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.

O Código Civil, em seu artigo 1.798, nos ensina o princípio geral sucessório, quando aponta que somente se legitimam a suceder aqueles nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. De modo que os filhos concebidos *post mortem*, independentemente de qualquer técnica, não são herdeiros, em relação às disposições desse artigo; há restrição e, como se observa, o prazo é de dois anos, previsto no parágrafo quarto.

Portanto, a polêmica que se cria é que, no sentido do posicionamento daqueles que aceitam a sucessão, e pelos dispositivos supracitados, ainda assim haveria de ser observado o prazo aludido. Vejamos que, quando falamos nos prazos aqui estabelecidos pelo Código Civil, o ordenamento jurídico parece claro quanto à inafastabilidade desses prazos, mesmo quando confrontados com direitos fundamentais como, no estudo em questão, o de direito à herança daquele gerado pela inseminação artificial e, no entanto, sem autorização expressa do cônjuge ou companheiro. Novamente, a polêmica se instaura.

3 SOBRE A NECESSIDADE DO CONSENTIMENTO E O DIREITO COMPARADO

Como podemos observar pelo atual Código Civil, tal legislação é clara ao impor que, nos casos da chamada fecundação heteróloga, o consentimento do marido ou do companheiro é obrigatório para que do procedimento resultem os efeitos le-

gais; caso contrário, poderá impugnar a paternidade. O problema surge quando exige-se a autorização, fato este que excluiu, por evidente, o direito do marido ou companheiro impugnar a paternidade, mas, conhecendo o filho a origem da gestação, este venha a impugnar a paternidade do marido de sua mãe, postulando judicialmente o vínculo de filiação com aquele terceiro que doou o material genético. Tal aspecto levantado também ocorre com o ordenamento jurídico argentino, conforme observam Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni (1996, p. 471)[10].

A legislação francesa, ensina-nos Venosa, foi muito feliz ao prever que, para os procedimentos de fertilização assistida, além de exigido o expresso consentimento dos cônjuges, deve haver a prova da necessidade, da oportunidade e da conveniência da utilização da técnica, no sentido de se evitar, futuramente, problemas de difíceis soluções ética e jurídicas; deve ser o último remédio. No entanto, a legislação brasileira é omissa a respeito de tais exigências[11].

A Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina[12] impõe a necessidade do consentimento por escrito, em relação à permissão para se submeter à prática, bem como à chamada criopreservação, estabelecendo o destino do material genético a ser congelado.[13]

A doutrina traz como marco para o tema estudado um caso acontecido na França, em meados da década de 80. Corine Richard e Alain Parpalaix tiveram um relacionamento. No entanto, o varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a sua mulher, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a prole.

A doença, além de ter deixado o homem estéril, veio a lhe causar a morte. A mulher, por sua vez, tentou fazer valer a vontade do marido, no entanto, houve a negativa pelo banco de sêmen em levar adiante o procedimento, fato este que levou a mulher, então, a postular autorização judicial para cumprir a intenção do seu esposo.

O banco, por sua vez, alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial *post mortem*, fez-se necessário que a esposa bus-

10 VENOSA, Sílvio da Salvo. *Código Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.459.

11 VENOSA, Sílvio da Salvo. *Código Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.460.

12 Conselho Federal de Medicina.

13 <http://www.portalmedico.org.br/resoucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 21.06.2012.

casse a tutela do Estado para o preenchimento da lei e, consequentemente, pudesse fazer valer a vontade do falecido.

Depois de muitas discussões, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois os espermatozoides não estavam mais próprios à fecundação.[14]

Após este caso, diversos países começaram a discutir sobre o destino do material coletado, principalmente, após a morte do doador, inclusive no Brasil. Ocorre que o rumo do debate em nosso país tomou outra proporção após o código de 2002 por contradições sociojurídicas existentes.

Rui Barbosa foi de uma genialidade sem precedentes quando criou a seguinte expressão: "Justiça tardia não é Justiça, é injustiça manifesta".

Em alguns países, a inseminação artificial *post mortem* é vedada, como nos casos da Alemanha e da Suécia. A Espanha proíbe a inseminação *post mortem*, mas garante direitos ao nascituro quando houver declaração escrita por escritura pública ou testamento. Por sua vez, na Inglaterra, a inseminação *post mortem* é permitida, mas garante direitos sucessórios se houver documento expresso sobre o assunto[15]. Em Portugal também não se permite a inseminação artificial *post mortem*, ainda que haja declaração expressa do falecido, e se destrói o sêmen armazenado quando morre o doador. Porém é permitida a transferência do embrião que já estiver concebido *in vitro* para a inseminação *post mortem*, desde que haja um projeto parental claramente estabelecido por escrito pelo falecido pai[16].

4 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Enunciado 104 CJF/STJ:

> No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade

14 <disponível em: http://www.idbfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em: 15.06.2012.

15 PINTO, *Carlos Alberto Ferreira. Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório.* Disponível em:< http://www.recantodasletras.uol.com.br>. Acesso em: 05/05/2012.

16 Artigo 22 - Decreto nº 64/X, da Legislação de Portugal.

> no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento".

Enunciado 105 CJF/STJ, também da I Jornada prevê que "as expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial' constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretadas como 'técnica de reprodução assistida'".

Enunciado 257 da III Jornada prevê que: "As expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial', constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição".

No que tange à inseminação homóloga (inciso III do art. 1.597), o Enunciado 106 CJF/STJ prevê que para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que utilize seu material genético após sua morte. Caso contrário, não há que se falar em presunção da paternidade, não se aplicando a regra *pater is est.*

Enunciado 107 CJF/STJ: "finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões".

Enunciado 127 CJF/STJ**:** há proposta de alterar o inciso III do art. 1.597 para constar "havidos por fecundação artificial homóloga".

Isso para retirar a menção ao falecimento do marido (paternidade responsável). Dúvida: a mulher tem direito à "produção independente"?

Enunciado 129 CJF/STJ: "Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga".[17]

Por sua vez, o Pacto de São José da Costa Rica também debate o tema.

17 Disponível em: http://www.google.com.br/#hl=pt-BR&sclient=psy-ab&q=stj+e+reproduu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+sucess%C3%A3o&oq=stj+e+reproduu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+sucess%C3%A3o&aq=f&aqi=&aql=&gs_1=hp.3...607553.614956.1.615201.31.30.0.0.0.0.508.7821.2-19j3j4j1.27.0...0.0.5dyWThgzitw&pbx=1&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.r_qf.,cf.osb&fp=9c4162c3556e04a3&biw=1024&bih=657. Acesso em: 13/05/2012.

O inciso I do art. 4ª da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, acolhida pelo Governo brasileiro, trata do direito à vida e expressa que:

> Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente, e o embrião é uma vida futura.[18]

5 APÓS DETERMINADO LAPSO TEMPORAL, E PERFECTIBILIZADA A SUCESSÃO, TEM-SE NOTÍCIA DE FILHO BIOLÓGICO. ESTE SERIA PRIVADO DE SEUS DIREITOS SUCESSÓRIOS OU, SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PODERIA BUSCAR O QUE É SEU POR DIREITO, POR SE TRATAR DE DIREITO FUNDAMENTAL?

A herança é elencada, no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, sendo, como já referido, direito fundamental:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXX - é garantido o direito de herança;
> [...].

Portanto, elencado o direito de herança no rol dos direitos fundamentais, tem-se,como fato incontroverso, a inafastável característica da imprescritibilidade.

Nesse aspecto, reside o ponto fundamental deste trabalho, pois, se o direito à herança é elevado a nível constitucional e, mais ainda, a direito fundamental, a prescrição é instituto que àquele não atinge. Nessa seara, precisa e esclarecedora é a lição de José Afonso da Silva, ao elucidar a questão:

> *Imprescritibilidade.* O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas,

18 <Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 15/05/2012.

> como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

Silvio Venosa também contribui para o enriquecimento do debate quando discorre sobre as Ações de Estado. Assevera o jurista que essas ações são aquelas nas quais existe uma pretensão para que se obtenha um pronunciamento judicial sobre o estado de família de uma pessoa. Ainda, aduz que podem ser positivas ou negativas as ações. No primeiro caso, busca-se a obtenção de um estado de família diverso do atual; no segundo, para que exclua determinado estado. Salienta ainda que as ações decorrentes do estado de família guardam as características da intransmissibilidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade, sendo também personalíssimas[19].

Trazendo para o estudo em questão, caso excluído da sucessão determinado herdeiro, seja a que título for, e por se tratar como fundamental o direito à herança, entendemos como possível a busca dos direitos daqueles não incluídos na partilha, e a qualquer tempo, em razão da imprescritibilidade, como ora estudado.

Ora, se tal direito é fundamental e, como regra, tem característica de imprescritível, não seria justo, a nosso ver, e respeitando os posicionamentos em sentido contrário, que o herdeiro preterido fique sem o devido amparo, como aqui colocado e justificado. A pergunta é: haveria sentido, haveria justiça, de se conferir caráter de imprescritibilidade quanto aos direitos fundamentais, aos filhos e à família e, logo em seguida, utilizar-se das leis infraconstitucionais para se vedar esse direito, impondo-se um prazo para o exercício de ação?

O artigo 2027 do Código Civil assim determina:

> Art. 2027. A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos.
> Parágrafo único. Extingue-se em um ano o direito de anular a partilha.

Venosa, ao analisar o dispositivo transcrito, aduz que a doutrina refere que o prazo de um ano é tanto para os casos de anulação como para os casos de nulidade da partilha. Todavia, ressalta o autor que boa parte da doutrina e da jurisprudência quase unânime admite, em geral, três prazos distintos para três situações diversas, que são os seguintes[20]:

---

19 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família.* São Paulo: Atlas, 2011, 11ª ed., p. 19.
20 VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.825.

1. Deve ser o prazo de um ano para os casos de anulabilidade das partilhas amigáveis, simplesmente homologadas;
2. Para os casos de defeitos processuais, como, por exemplo, de incompetência ou ofensa à literal disposição, em ações litigiosas, o prazo para anulação deve ser o da ação rescisória, ou seja, de dois anos;
3. Por fim, nos casos envolvendo a nulidade absoluta, o prazo permitido para buscar a anulação deve ser o de dez anos.

Por sua vez, o Código de Processo Civil atual, em uma tentativa de correção das dificuldades verificadas em relação aos prazos, e invadindo a seara do direito material, determinou dois prazos no tocante à validade e eficácia da partilha, como observamos da dicção do artigo 1.029, que trata da ação de anulação da partilha amigável:

> Art. 1.029. A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termos nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz.
>
> Parágrafo único. O direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em um ano, contado este prazo:
>
> I – no caso de coação, do dia em que ela cessou;
> II – no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato;
> III – quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.

Pondera Silvio Venosa, ainda, que a anulação pode ser buscada com base na lesão, exemplificando a desproporcionalidade nos quinhões, cuja inexperiência do inventariante pode ter gerado o vício. O referido prazo trata da prescrição[21].

Quanto às hipóteses do art. 1.030 do Código de Processo Civil, que trata da rescisão da partilha, o prazo a ser observado é o da ação rescisória, também previsto naquele Diploma, sendo, portanto, o de dois anos. Já nesse caso, o referido prazo trata da decadência do direito.

Ainda, em termos de lapsos temporais e em relação àqueles herdeiros excluídos do inventário e da partilha, há a opção da ação de nulidade ou então da petição de herança, cuja prescrição, pelo atual Código, implementa-se pelo prazo de dez anos (STF – RTJ 108/217, RT 567/235, 631/199). Mas, igualmente, impõe-se prazo para a busca do direito.

Portanto, a nossa intenção, quanto a esse tópico, e mesmo em se tratando do direito fundamental à herança, é

21 VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.827.

sinalizar a existência de prazos pela legislação infraconstitucional que, como visto, caso não observados pelo pretenso herdeiro, o deixarão sem a sua devida parte, a qual seria sua por direito, este garantido constitucionalmente.

6 QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como visto, além de interessante, entendemos como polêmica a questão aqui em debate. Deve prevalecer qual entendimento? Os princípios constitucionais ou a lei infraconstitucional? Importante ressaltar que, embora dividido, o ordenamento jurídico é um só, devendo existir uma interação entre as normas, tendo como ponto de partida, como melhor entendemos, a Constituição Federal, como observamos nos artigos já abordados em seu texto.

No entanto, importantíssimo também é o estudo quanto aos dispositivos acerca do tema, tratados pelo Código Civil, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

> Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

ECA, artigo 20: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ambas as legislações, nos casos dos artigos supracitados, sequer mencionam qualquer atributo referente ao tempo, para que os direitos lá previstos sejam respeitados. Entendemos que, como consequência e em razão da vedada discriminação entre os filhos, que seria o principal, os direitos inerentes à inobservância de tais direitos são os acessórios. Portanto, como em regra o acessório segue o principal, o direito de buscar a herança é ínsito à condição de filho, que não permite discriminações.

7 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

1. Reconhecimento biológico sempre, mas sem direito à sucessão?
2. Reconhecimento biológico e direito à sucessão.
3. Reconhecimento biológico e direito à sucessão, mas, todavia, na qualidade de irmão (se houver), bilateral (art. 1.841 - CC).
4. Enunciado 267 aprovado na III Jornada de Direito Civil do CJF sugere a seguinte solução:

> A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Guilherme Calmon, autor do referido enunciado, explica a solução para o tema:

> Em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o art. 1.798, do novo Código Civil, disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e aqueles a formar (abrangendo, pois, as duas hipóteses antes indicadas). O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranquilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido.Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora polêmico o tema, como já referido, e sempre respeitando as opiniões diferentes ou em sentido contrário, entendemos que o Direito deve andar sempre atrelado à sociedade, e não de costas àquela, mesmo que venha a passos mais lentos, fato este que demonstra, inclusive, prudência. De nada adianta a previsão de diversos princípios, como os aqui mencionados, sejam insculpidos na própria Constituição Federal e ou em legislações infraconstitucionais e, ao mesmo tempo, quanto a estas, a imposição de prazos em relação a direitos fundamentais. A nosso ver, modestamente, parece que, na prática, tais direitos não encontram proteção, pois a legislação sempre aponta um prazo final para a busca do direito.

Embrião, nascituro, enfim, a terminologia é importante para questões sobre eventuais direitos ou não. No entanto, o fato que entendemos como primordial é que existe a geração de um ser humano, por meio das técnicas de reprodução e que, como consequência, acarretam em parentesco sanguíneo, gerando um filho e uma família. A dignidade da pessoa humana é funda-

mento deste país, dos seres humanos e, como tal, deve ser sempre respeitada, conforme exposto neste estudo.

Ora, se os procedimentos a respeito da reprodução assistida são permitidos em nosso país, entendemos como injusto e contraditório, e também desigual, a vedação dos seus direitos, sejam eles quais forem, daqueles gerados em razão dessa tecnologia. Estamos lidando, quando se fala de óbice, quanto a direitos fundamentais em razão da implementação de lapso temporal, seja prescricional ou decadencial, de situação prática a qual, por uma mão, o Estado confere *status* de direito fundamental para a herança e, com a outra mão, o próprio Ente retira do cidadão em razão de implementado determinado prazo.

Entendemos também que não há de se falar em falta de segurança jurídica para não impor o decurso de tempo quanto aos direitos fundamentais. Ora, simplesmente trata-se de exceção à regra, estando totalmente ciente a sociedade sobre tais circunstâncias, eis que a própria Constituição retrata tal hipótese. Frisamos assim que, embora os prazos prescricionais e decadenciais devam ser a regra, jamais o caso concreto, o fato, pode ser ignorado e dispensado o devido tratamento, como a hipótese aqui trazida e abordada.

Temos casos previstos pelo ordenamento jurídico, por exemplo, como no caso da situação da declaração dos ausentes. Estes, retornando após o trânsito em julgado da sentença, e pelo Código Civil, têm o direito de reaver os seus bens no estado em que se encontrem. Afinal, a conclusão que se chega é a de que, com o retorno do ausente, os herdeiros não teriam a condição de titulares dos bens daquele, tendo que devolvê-los no estado atual[22]. Por analogia, indagamos a possibilidade daquele concebido por inseminação artificial, portanto filho como os demais já agraciados com a partilha, e por analogia, também ter direito ao seu quinhão.

Portanto, em se tratando de família, de filhos, da dignidade da pessoa humana e de uma gama de diversos princípios protetivos aqui estudados e abordados, havendo notícia e comprovação da existência de herdeiro, seja preterido ou então gerado em período posterior à determinada partilha, este terá direito à sucessão sempre, pois, como estudado, trata-se de direito fundamental e, como tal, deve ter o devido tratamento, eis que imprescritível.

Evidente que o tema não se esgota. A diversidade de entendimentos e a importância da questão, eis que envolve direitos extremamente importantes da pessoa humana, devem fazer

22 VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 42.

com o que o jurista, o operador do direito, reflita sensivelmente quanto ao tema abordado, eis que a tecnologia em termos de reprodução assistida caminha cada vez mais a passos largos, enquanto que a lei parece estar muito atrás dos anseios da sociedade, quando brotam discussões acerca do tema aqui trazido, podendo causar, muitas vezes, injustiças irreparáveis.

REFERÊNCIAS

Código Civil

JANCZESKI, Célio Armando: Coordenador. *Constituição Federal Comentada.* Curitiba: Juruá, 2011,

Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pacto de São José da Costa Rica

PHILIPS, Douglas Freitas. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança.* Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em 15/06/2012).

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório. Disponível em:*< http://www.recantodasletras.uol.com.br>. Acesso em 05/05/2012.

VENOSA, Sílvio da Salvo. *Código Civil Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família.* São Paulo: Atlas, 2011, 11ª ed.

www.cidh.org

www.portalmedico.org.br

www.stj.jus.br

A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS: A GRAMÁTICA PARA UMA COMUNIDADE MUNDIAL DE VALORES

Fernanda Giardini Pogorelsky[1]

INTRODUÇÃO

A luta do capital para dominar a capacidade criativa do trabalho vivo[2] é marca registrada do capitalismo contemporâneo. Impregnado pela lógica da globalização econômica, o mundo vê-se hoje coordenado pelas leis do mercado financeiro que disseminam comportamentos competitivos perversos e aviltam a força de trabalho. O processo globalizante é percebido como o único caminho histórico viável[3], e a demanda por mecanismos que extraiam do trabalhador o máximo de resultados em nome do lucro incessante incrementa-se à custa de direitos sociais.

É inegável a expansão mundial desse fenômeno, como igualmente inconteste a propagação da miséria e da pobreza. Em todas as partes do

1 Mestre em Direito pela UNISINOS; especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela PUCRS; professora do curso de Direito das Faculdades Integradas São Judas Tadeu – Porto Alegre.

2 ALVES, Giovanni; WOLFF, Simone. Capitalismo global e o advento de empresas-rede: contradições do capital na quarta idade da máquina. *Caderno CRH*, Salvador, v. 20, n. 51, p. 515-528, set./dez. 2007, p. 518.

3 SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.* 10 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 36.

globo, tal proposta recebeu ferrenhos adeptos, cegos pela reprodução da riqueza em poder dos mesmos. A internacionalização do atual modelo de desenvolvimento impõe a quebra dos limites territoriais, mas perpetua, ao mesmo tempo, a segregação de indivíduos das vantagens econômicas e do alcance dos instrumentos protetivos, transformando-os em um "exército de supérfluos"[4].

Por outro lado, impulsionados pela Declaração Universal da ONU de 1948, nascem paulatinamente instrumentos internacionais voltados à proteção e universalização dos Direitos Humanos, que procuram instaurar uma nova ordem mundial, a partir da superação das limitações impostas pelas fronteiras nacionais, diga-se, pelo Estado-Nação, com "a identificação de valores comuns às diversas sociedades e grupos de uma mesma sociedade, procurando dotá-las de uma dimensão moral e jurídica de caráter universal"[5]. A concepção de Direitos Humanos, cujo nascimento e desenvolvimento estão intimamente associados à ordem internacional do pós-guerra e à ONU (Organizações das Nações Unidas), representa a tentativa de construção histórica de bases mínimas de convivência entre os povos universalmente aceitas: possíveis denominadores comuns, com base em uma semântica universal, ou universalista, que permita a fundação de uma comunidade mundial de valores sem exterior, cujo âmago seja a simples condição humana, superando a pretensão regulatória estatal.

Logo, os Direitos Humanos, núcleo imprescindível à vida humana em dignidade, como possível resposta ao reconhecimento da proteção e do respeito a deveres mínimos comuns mundiais, viabilizam a construção de um horizonte de sentido, gradativamente dispersando as motivações capitalistas pelo lucro e sob a regência das leis do mercado que impõem a degradação humana. Considerando que durante muito tempo os direitos econômicos sempre prevaleceram, o que diretamente acarretou total assimetria e irregularidade dos parâmetros sociais mínimos nas diversas nações, a clara desordem normativa dos Direitos Humanos é um desafio cuja

4 PIOVESAN, Flávia. Palestra IEDC – Instituto de Estudos de Direito e Cidadania. *Anais eletrônicos.* Disponível em: <http://www.iedc.org.br/artigo/dialogando/piovesan.htm>. Acesso em: 11 jun. 2009.

5 BARRETO, Vicente de Paulo. Direito cosmopolítico e direitos humanos. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 40, n. 2, p. 100-103, julho-dezembro 2007, p. 102.

transposição, para construção de um sentido universal fundado em valores comuns, é indispensável ao processo de formação de uma comunidade mundial inter-humana, garantindo a identidade multicultural dos povos e norteando a tarefa de identificação e ordenação de valores comuns "pela crença no potencial das diferentes pessoas em diferentes culturas para compartilhar muitos valores e concordar em alguns comprometimentos comuns"[6].

Nesse contexto, é preciso investigar a importância dos Direitos Humanos Sociais como um espaço de diálogo para redução das assimetrias culturais e, então, estabelecer os marcos fundacionais de uma comunidade mundial de valores, que proponha a conciliação entre a globalização econômica e a universalização dos Direitos Humanos como rastro para o projeto de um novo modelo de desenvolvimento econômico.

O diálogo intercultural torna-se ponto de partida para uma alternativa realista ao modelo de desenvolvimento econômico dominante. Partir das diferenças, para indicação de um padrão mínimo ético de direitos sociais universais a serem mundialmente respeitados, sob pena de atingirmos a coisificação do homem pelo homem, também permite perquirir acerca de limites à exploração humana e de direitos mínimos a serem observados por todas as nações, sobrepondo-se as diferenças culturais, para inspirar, por fim, um novo alinhamento à hegemonia globalizante.

2 A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A INSERÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são Direitos Humanos. Afirmação substanciosa, especialmente em tempos atuais, quando o mundo experimenta – e já por sucessivos séculos – uma intensa dispersão de paradigmas econômicos globalizados que pouco, ou quase nada, levam em conta tais direitos.

Com efeito, verifica-se, igualmente, que o processo de integração internacional das nações não pode propriamente ser considerado uma novidade histórica. Inicialmente com a expansão do Império Romano, mas fundamentalmente desde os meados do século XV, por meio do expansionismo mercantilista das grandes navegações, sempre se buscou uma "cooperação"

6 SEN, Armatya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 279.

política-econômica-cultural entre os povos, seja por meio do comércio, seja pela submissão das comunidades conquistadas aos conquistadores[7].

O fato é que, ao longo do tempo, se verificou claramente a crescente interdependência entre os Estados, sobretudo no âmbito econômico, o que acompanhou os ideais industriais--imperialistas dos séculos XVIII e XIX, culminando, hoje, numa unipolaridade hegemônica e numa intensa aceleração do intercâmbio de bens e de pessoas, evidentes novidades históricas. Daí que, quando se fala em globalização[8], deve-se, inicialmente,

7 "Globalização é o processo pelo qual o espaço mundial adquiriu unidade. O ponto de partida desse movimento remonta às Grandes Navegações europeias dos séculos XV e XVI, que conferiram unidade à aventura histórica dos povos e configuraram, na consciência dos homens, pela primeira vez, a imagem geográfica do planeta". MAGNOLI, Demétrio. *Globalização: estado nacional e espaço mundial.* São Paulo: Moderna, 1997, p. 7. "Globalização também não é um fenômeno novo. Ele já estava presente, por exemplo, nos antigos impérios, provocando sucessivos surtos de modernização econômica, cultural e jurídica. Na era moderna, foi impulsionado pela interação entre a expansão da cartografia, o crescente domínio das técnicas de navegação pelos ibéricos e a própria evolução do conhecimento científico. Esses foram os fatores responsáveis pelas grandes descobertas e pelos projetos ultramarinos de Portugal e Espanha, a partir do final do século XV; pelas novas formas manufatureiras desenvolvidas em Florença, Gênova, Milão, Veneza e outras cidades do norte da Itália, no século XVI; e pela formação de um sistema internacional de pagamentos baseado em letras de câmbio entre banqueiros e negociantes, tornando possível o estabelecimento de rotas globais de comércio, a exploração sistemática do ouro e da prata nas Américas, o início de um amplo e complexo processo de colonização e expansão territorial, a chegada da civilização europeia aos extremos da Ásia e a formação de estruturas decisórias dotadas de uma capacidade organizacional para controlar o meio social e político em que se realiza a acumulação de capital em escala mundial". FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada.* São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 60.

8 Globalização pode ser entendida também como internacionalização, contudo, mais intensa, com clara pretensão universalizante e padronizante de condutas e pensamentos e com nítido propósito de determinação de uma homogeneidade global em diferentes esferas, econômica, política, social e cultural. Entretanto, para fins específicos de desenvolvimento do presente trabalho, o termo "globalização" foi empregado e deve ser entendido como o processo econômico expansionista do modelo socioeconômico capitalista de ideologia neoliberal como pensamento hegemônico mundial, com finalidade precípua de padronização econômica a partir do resgate de alguns antigos valores liberais de mercado do século XVIII, da mínima intervenção estatal na economia, da privatização de empresas estatais, do ingresso de transnacionais, da desburocratização do Estado e do controle de preços segundo as leis de mercado e da livre concorrência entre empresas privadas.

localizar o interlocutor e sua perspectiva sobre o tema, de modo a precisar de qual momento e de que tipo de globalização se fala, superando a polissemia do termo[9].

A partir dessa "união" involuntária, mantida fundamentalmente como resultado das tensões econômicas, difundem-se pelo mundo acordos e convenções internacionais em matéria financeira, marcadamente no último quarto do século passado, período em que a globalização ingressa em sua fase mais atual, com o domínio do capitalismo como formação social, difundido em praticamente todas as partes do globo e coordenado por uma ideologia de organização da produção econômica muito própria, que pressupõe, sobretudo, a "flexibilidade" da força de trabalho. Os riscos são disseminados e o neoliberalismo firma-se como pensamento econômico hegemônico, com o resgate de valores liberais, próprios do capitalismo concorrencial do século XVIII[10], com ideais de livre concorrência e ausência de entraves ao comércio e à produção, para incremento da riqueza, num evidente "fundamentalismo do livre mercado"[11].

Também fruto do capitalismo, mas essencialmente obra da ideologia neoliberal imperante, o nítido desengajamento e enfraquecimento dos laços que unem capital e trabalho[12] foi a causa imediata da desagregação social entre os homens. O capital globaliza-se, não respeita territórios, é privado de pátria e comanda sem ser visto; o ser humano, ao contrário, não

9 Aliás, não é demais registrar a diferenciação pretendida entre os "arquétipos" globalização e universalização. Enquanto a primeira adjetiva o processo econômico expansionista, a segunda tem uma conotação semântica de vocação universal. A primeira refere-se à expansão econômica mundial, enquanto a segunda volta-se para o papel dos Direitos Humanos.

10 É no século XVIII que o capitalismo consolida-se como formação social dominante, de modo que esse período também pode ser qualificado como capitalismo industrial já que fruto da primeira Revolução Industrial. Para os fins deste artigo, todavia, vale-se das lições de Paul Singer, que propõe quatro fases distintas, mas não estanques, ao desenvolvimento do capitalismo: concorrencial, monopolista, dirigido e neoliberalismo. SINGER, Paul. *Uma utopia militante: repensando o socialismo.* Petrópolis: Vozes, 1998, p. 137-182.

11 HOBSBAWM, Eric. *O novo século: entrevista a Antonio Polito.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 78. Ou também "totalitarismo do mercado", nas palavras de Mireille Delmas-Marty. *Três desafios para um direito mundial.* Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 79.

12 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Tradução Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 171.

goza dessa mobilidade, vincula-se a determinada nação, embora assuma, em qualquer lugar que seja, condições de comportamento uniformizadas: come a mesma comida, veste as mesmas roupas, assiste aos mesmos filmes, compra os mesmos produtos, enfim, perpetua a lógica da globalização, ainda que inconscientemente.

Nessa "invariabilidade comportamental", o capital leva larga vantagem, e, nesse processo "globalizante", uniformiza quase tudo. Cria padrões nas mais diferentes áreas, política, econômica, social, cultural e, sobretudo, no aspecto da internacionalização da economia mundial[13], permite uma série de atrocidades, alimentando a contradição do capitalismo contemporâneo na dialética exclusão *versus* inclusão: o crescimento do desemprego estrutural pela incapacidade progressiva de geração de empregos formais em quantidade ou qualidade adequadas (exclusão) e a queda do preço dos produtos globais pela incorporação contínua de mercados (inclusão) que ficavam à margem do consumo por falta de renda[14].

A realidade cruel foi a de que o Direito – o fenômeno jurídico de gênese estatal – serviu, e ainda serve, à globalização econômica, adaptando-se às necessidades da *Lex Mercatoria* (lei do mercado)[15], tendo permitido a degradação das relações humanas, sobretudo do ponto vista social, ao estimular o individualismo e a autonomia, com base na escolha de valores comerciais. Numa enxuta digressão

---

13 "Economia mundial, conceito que tem um sentido preciso: significa não apenas que os diferentes países intercambiam produtos, serviços e capitais, mas que o conjunto da superfície terrestre, excetuadas muito poucas regiões, tornou-se uma plataforma da acumulação e reprodução capitalista, não apenas em seu sentido financeiro, mas também naquilo que concerne ao capital produtivo". COSTA, Sérgio. Democracia cosmopolita: déficits conceituais e equívocos políticos. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 53, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092003000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 jun. 2009.

14 DUPAS, Gilberto. Impactos sociais e econômicos das novas tecnologias de informação. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL UNIVERSIDADE E SOCIEDADE, 1999, *Anais eletrônicos*. São Paulo: Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade – USP, 1999. Disponível em: <http://www.ime.usp.br/~cesar/simposio99/Dupas.htm>. Acesso em: 29 jun. 2009.

15 Cabe aqui registrar as lições de José Eduardo Faria quando afirma que um dos efeitos do fenômeno da globalização econômica foi a substituição da política pelo mercado como instância máxima de regulação social, formando "direitos autônomos, com normas, procedimentos, recursos e regras hermenêuticas próprias, entreabrindo

histórica, verifica-se que a limitação da própria noção de comunidade mundial como inter-humana, de natureza espontânea e sedimentada na simples condição de "ser humano", está diretamente ligada ao surgimento do Direito estatal. Passa-se, gradativamente, de uma relação humana (entre homens) em escala mundial para uma relação entre Estados – interestatal –, verdadeiros intermediários, o que promoveu, diretamente, a interseção entre as comunidades humanas.

Certamente porque os Estados passaram a condutores da vida social, pouco a pouco se atesta a transposição do parentesco entre os homens à singularidade estatal, com a gradual perda dos ideais uníssonos de comunidade humana, pela assunção da lógica relativista: a sobreposição de normas jurídicas diferenciadas na origem e no conteúdo. O resultado foi um pluralismo normativo de justaposição, na medida em que cada ordem nacional procede à sua própria positivação, sendo constante geradora e multiplicadora de normas, numa consequente infinita desordem normativa, fruto do fenômeno de globalização econômica[16], nascida na tentativa infrutífera de "ordenar" o mercado.

Na falta de uma base comum de integração, já na primeira metade do Século XX, a rivalidade entre as nações acirra-se e, simplificadamente, o resultado são duas grandes guerras mundiais, motivadas por claras divergências culturais, fundadas em leituras divergentes da realidade, mas ausentes de uma base comum de integração. Como mecanismo de possível pacificação, fundados na simples circunstância de "ser humano", emergem os Direitos Humanos, com o reconhecimento expresso de valores supremos

---

a coexistência de diferentes normatividades". Em âmbito econômico, por exemplo, cita o autor, de um lado, a *Lex Mercatoria* como "o corpo autônomo de práticas, regras e princípios espontaneamente constituídos pela comunidade empresarial para autodisciplinar suas atividades"; e, de outro, o *Direito de produção* como "o conjunto de normas técnicas formuladas para atender às exigências de padrões mínimos de qualidade, durabilidade e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado transnacionalizado, de especificação de seus componentes, da origem de suas matérias-primas etc". FARIA, José Eduardo. Globalização e Justiça. In: CAMPUZANO, Afonso de Julios; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

16 DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordem jurídica mundial e paz positiva.* Entrevista a Le Monde Diplomatique. Disponível em: <http://diplo.uol.com.br/2003-07,a691>. Acesso em: 29 jun. 2009.

da igualdade, liberdade e fraternidade entre os homens[17]. Difundem-se, ainda que tardiamente, nas diferentes culturas que, embora variantes, acarretando a variabilidade da materialidade de tais direitos, passam a compreendê-los não como uma virtude social de determinada comunidade ou cultura específica, mas como um sistema de raciocínio ético e uma base de reivindicação política[18].

Os Direitos Humanos, com efeito, identificarão um valor comum a todos os seres humanos, que independe do local (frise-se: Estado) em que vivem ou da quantidade de bens que detêm, mas decorre de sua própria essência. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948)[19] instaurou o processo de internacionalização desses direitos, além de seu expresso reconhecimento jurídico[20], vinculando os Estados aderentes à sua implementação. Contudo, embora sedimentados sob um valor fundante, mantêm os Direitos Humanos o dever de "tutelar apenas as diferenças que não sufocam sua missão de garantir a todos os homens enquanto tais, e não como integrantes dessa ou daquela cultura,

17 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 223.

18 SEN, Armatya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 264. Os direitos humanos são um espaço para onde convergem diversos pontos de vista, mas ainda um espaço de diálogo entre as diversas culturas, sobre valores comuns.

19 Deve-se reconhecer a evolução histórica dos Direitos Humanos como uma caminhada que "procura resgatar a memória da tradição que ensina e mostra determinadas atitudes como inaceitáveis, posto que atentam contra princípios humanos mais essenciais". Partindo, especificamente, dos escritos envolvendo tais direitos, documentos próprios da formação do Estado Civil, um dos primeiros instrumentos de reconhecimento expresso de determinadas prerrogativas inatas a toda e qualquer pessoa foi a Declaração de independência dos Estados Unidos da América de 1776, seguida da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Posteriormente, já no século XX, como resposta às atrocidades das Grandes Guerras, vem a Carta das Nações Unidas de 1945 e, finalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, peça-chave do processo de construção axiológica de um "conjunto de condições humanamente necessárias". Para maiores esclarecimentos acerca das fases do processo histórico e conhecimento do resgate dos fundamentos jusnaturalistas dos direitos humanos: ENGELMANN, Wilson. *A origem jusnaturalista dos direitos humanos: o horizonte histórico da declaração universal dos direitos humanos de 1948.* Artigo apresentado no CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, julho, 2009.

20 LAFER, Celso. *Paz, direitos humanos e multiculturalismo.* Jornal da Ciência, 20 dez. 2004. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=24172>. Acesso em: 30 jun. 2009.

os direitos necessários ao exercício de sua liberdade e autonomia"[21]. Definitivamente porque uma pista é compreender que "as diferenças podem, em suas diversidades, estabelecerem-se em patamares de reciprocidade"[22].

Em razão de abrangerem diversos valores, todos tidos como universais, indivisíveis, inter-relacionados[23], para os Direitos Humanos será a cultura a fixadora de um horizonte de sentido. Por outro lado, e justamente por isso, nenhum desses direitos se afasta de seu cerne gerador – o valor da dignidade[24] – pelo qual amparam sua justificativa e pelo qual se internacionalizam numa concepção mundial, estabelecendo os pontos de igualdade mínima, compartilhados por todas as culturas. Nesse aspecto, o surto glo-

---

122 LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre igualdade e diferença.* Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Unisinos, São Leopoldo, 2008, p. 192.

22 VENTURA, Deisy de Freitas Lima; KILCA, Marcelo. Constitucionalização da União Europeia em processo: para além do meramente jurídico. *Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana – UFSM*, Santa Maria, v. 2, n. 2, 2006, p. 42.

23 LAFER, Celso. *op. cit.*, p. 1.

24 Atribui-se classicamente a Immanuel Kant (*Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1967. p. 85) a ilustre dicotomia entre preço e dignidade. Argumenta Kant que "no reino dos fins tudo possui um *preço* ou uma *dignidade*. Aquilo que tem um preço pode ser substituído por algo *equivalente;* por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade. O que se refere às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial*;* o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem fim algum, de nossas faculdades, tem um *preço de afeto;* mas o que constitui a condição para algo que seja fim em si mesmo, isso não tem meramente valor relativo ou preço, mas um valor interno, isto é, *dignidade".* Seguindo o raciocínio, tem-se que o homem, por sua vez, está acima de qualquer preço, não é passível de ser substituído por um equivalente e não pode ser usado como meio. Isso porque, a rigor, todo ser humano é uma realidade moral, ou seja, nas palavras de Roque Junges, "tem dignidade porque é fundamentalmente capaz de autorrealização" (A concepção kantiana de dignidade humana. *Estudos Jurídicos*, v. 40, n. 2, p. 84-87, julho-dezembro 2007, p. 86). Assim, na concepção kantiana, cada pessoa será capaz de construir de forma autônoma sua própria moralidade, a partir de valores que justifiquem e motivem suas ações, tornando-as preferíveis em detrimento de outras. Importa, para o significado da vida humana, ser bom, entendido como a capacidade de realizar sua moralidade sem perder de vista a necessária reciprocidade, ou seja, o respeito à dignidade de toda a humanidade, de todos os demais seres humanos. Considerando essencialmente que tudo que não tem

balizante – ou melhor, universalizante – serve de apoio, como meio de instauração de uma "comunidade[25] sem exterior", que alce a proteção dos Direitos Humanos a valor transnacional.

Diversamente do momento histórico no qual emergiram, quando os Estados, pela insuficiência dos mecanismos jurídicos nacionais, viram-se incapazes de conferir proteção aos seus cidadãos diante das atrocidades que ocorreram, na atualidade os Direitos Humanos assumem um comprometimento diferenciado. A desigualdade social e econômica crescente torna-se hoje um dos temas mais prementes dos Direitos Humanos, e a situação de disparidade entre os que têm e os que não têm acesso a condições básicas aciona com toda a força a exclusão moral[26], manifesta em duas características distintas: na

preço é digno de respeito incondicional, a dignidade é o valor fundante do homem. E a igualdade na atribuição de dignidade equipara a todos eles, de forma que a pessoa humana assume a condição de fonte geradora dos demais valores. Próprio de sua época (finais do século XVIII), o pensamento de Kant ainda mantém certa atualidade e ajudou a influenciar ordenamentos jurídicos contemporâneos, alguns dos quais alçaram a categoria da dignidade da pessoa humana a princípio constitucional fundamental, como é o caso da Constituição brasileira. Contudo, a filosofia kantiana não escapa a uma releitura, sobretudo em época de globalização neoliberal, em que os paradigmas estatais tradicionais se relativizam e a suposta igualdade fundamental de todo e qualquer homem passa a contribuir para sua autodestruição: a dignidade aniquila a dignidade, mas a de outrem.

25 Conveniente, aqui, traçar a distinção entre os conceitos de comunidade e sociedade. Valem-se das lições de Mireille Delmas-Marty, em aula ministrada em 7 de setembro de 2008, em Paris, a qual, por sua vez, toma emprestada a diferença proposta por René-Jean Dupuy no sentido de que comunidade é "produto natural de uma solidariedade espontaneamente sentida", enquanto sociedade é "fruto da vontade exigindo uma prática consciente e normas jurídicas para garanti-la". Feito isso, registre-se que, nesse momento específico, a intenção foi tratar de comunidade, por meio de ideais comuns que unam os indivíduos numa mesma vontade: o respeito incondicional à dignidade humana. DELMAS-MARTY, Meirelle. *Le rôle du droit dans l´émergence d´une communaute mondiale de valeurs*. Aula ministrada, em 7 de setembro 2008, em Paris. Disponível em: <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/delmas.htm>. Acesso em: 31 mai. 2009. "Une telle idée brouille em tout cas la différence évoquée par notre regretté confrère René-Jean Dupuy entre la *communauté* (produit naturel d'une solidarité de base spontanément ressentie) et la société (fruit de la volonté exigeant une mise em oeuvre consciente et des normes juridiques pour la garantir)".

26 VIEIRA, Oscar Vilhena; DUPREE, A. Scott. Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 1, n. 1, 1° semestre, 2004, p. 55.

invisibilidade dos excluídos (pessoas que, com pouca voz e poucos meios diretos para mobilizar e constranger os que se encontram no topo, não partilham seu verdadeiro estado de dor e sofrimento aos incluídos) e na sua demonização (os excluídos são uma ameaça aos interesses dos elementos mais prósperos e mais bem colocados)[27]. O econômico domina o social e cria uma clara cisão entre aqueles que dele participam e aqueles que dele são meros objetos.

Não paira qualquer dúvida, igualmente, de que estopim do processo de integração entre as nações foi a motivação econômica. Entretanto a busca pela formação de uma comunidade, que revela como necessário a presença de "um projeto único coletivo que aglutina e dá sentido à existência humana"[28], há muito perdida durante a modernidade[29], mas resgatada após duas grandes guerras mundiais, em que a cooperação entre os povos tornou-se cada vez mais imprescin-

27 VIEIRA, *loc. cit.*

28 GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do instituto de hermenêutica jurídica*, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005, p. 195.

29 "[...] o qualitativo 'moderno' designa os desenvolvimentos intelectuais e institucionais da filosofia jurídica e política que se estendem do fim da Segunda Escolástica até o século XIX. Neste sentido é conveniente estabelecer bem a distinção entre 'moderno' e 'contemporâneo', mesmo que a época contemporânea esteja profundamente marcada com a forma dessa 'modernidade' e não esteja resolutamente engajada em uma vida pós-moderna". ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado.* Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. XVI, nota de rodapé n° 1. É no alvorecer da modernidade, com a formação dos Estados-Nação na Europa continental e com a vitória do racionalismo, que assume o direito uma concepção mecanicista, lógica, de verdades absolutas, desapegado da ética dos valores. Extremamente individualista, determinado por uma verdade incontestável, baseado em um método científico (inspirado por Descartes), o direito é estruturado numa perspectiva lógica-dedutiva-dogmática, completamente separado da moral, sendo privado de seu fundamento axiológico originário e objetificado enquanto normatividade dogmática estatal. Dá-se a vitória da parte – o sujeito – em detrimento do todo – a coletividade. A normatividade, com a pretensão de universalidade e abstração, não mais decorre de algo apriorístico, mas brota da subjetividade humana, como expressão do sujeito pensante. Assumindo a condição de sistema normativo, o direito passa a ser identificado como a norma jurídica e, transformado num programa político, desvincula-se de sua tradição axiológica-normativa, obra da filosofia prática, visão clássica de mundo. Na sociedade pós-industrial, regida pelo total esvaziamento axiológico, em que a ciência assume o lugar da ética, o direito, identificado com o cientificismo empírico, com um pragmatismo utilitarista, fundamentos da vida contemporânea, transforma-se num mecanismo

dível, encontra na Europa seu exemplar mais apurado. Basta uma rápida análise, por exemplo, nos tratados da União Europeia[30] que se sucederam no tempo para que rapidamente se perceba o quanto o avanço econômico superou – e ainda supera – a "tentativa" (diga-se tentativa porque há clara resistência de algumas nações[31] ao diálogo) de fortalecimento da universalização dos Direitos Humanos e, principalmente, indo um pouco mais além, dos Direitos Humanos Sociais.

Por tudo isso, é chegada a hora do pulso universalizante permitir a disseminação de novas concepções, amparadas nas premissas propostas pelos Direitos Humanos, em especial na sua dimensão social. Nessa lógica, a expressão da emergência de uma mesma vontade de reconhecer direitos comuns a todos os seres humanos, importando a universalidade um compartilhar de sentidos[32], igualmente inspira a preocupação com os direitos sociais, que procuram superar a visão expansionista da precarização das relações, para fundação de uma comunidade mundial inter-humana que vê a dignidade como valor fundante do qual é dotada toda a humanidade.

Restaurada como valor transnacional e protegida por mecanismos supranacionais, a dignidade iguala a

finalístico-estratégico e a legislação revela-se em expressão ideológica da corrente política dominante.

30 Inicialmente, com a Comunidade do Carvão e do Aço em 1951, pelo Tratado de Paris; depois com a Comunidade Econômica Europeia em 1957, pelo Tratado de Roma; e, mais tarde, em 1992, com o nascimento da União Europeia, por meio do Tratado de Maastricht, o continente europeu – sobretudo o oeste europeu – veio num fundamental e crescente processo de integração. "Na atualidade, a Comunidade Europeia é a única detentora de personalidade jurídica internacional e interna, e por essa razão é capaz de subscrever tratados internacionais e outros contratos, comparecer em juízo e demandar, aderir a organizações internacionais etc. Logo, a União Europea não é, ao menos no plano formal, um sujeito de direito internacional. A situação é ambígua, pois a Comunidade é, em verdade, um subconjunto da União Europeia. Via de consequência, boa parte da doutrina comunitária considera que se trata de uma falsa questão, pois embora desprovida de atribuição formal de personalidade, o mero raciocínio lógico indica a dificuldade de conceber a União sem identificá-la como sujeito de direito". VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Critica al proyecto de Constitución Europea ("Constitución parcial"): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, 2003-3, p. 611-627.

31 Aliás, circunstância claríssima ao se verificar as assimetrias nas ratificações dos instrumentos internacionais.

32 DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial.* Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 19.

condição intrínseca de todo homem e refuta sua coisificação. O homem então se compreende como agente moral pleno, capaz de perceber a sua igualdade e a do outro, dispondo-se a cooperar e promover a realização social de todas as dignidades[33].

Por outro lado, a proposta de universalização dos direitos sociais, aqui encarados como uma "face" dos Direitos Humanos (se é que se pode cindi-los em partes, mas se assim e aqui foi feito deve-se ao respeito à historicidade dos direitos em observância à própria evolução do Estado, mas sem esquecer que, como alerta Mireille Delmas-Marty, tem-se de reconhecer a interdependência entre economia e Direitos do Homem, razão pela qual a separação dos Direitos Humanos em "civis e políticos" e "econômicos, sociais e culturais", fruto de pactos adjacentes à Declaração Universal[34], revela "uma classificação superficial sem

33 "A dignidade especial do ser humano não consiste em viver como um exemplar da sua espécie, mas a cada ser humano é dada uma tarefa específica e proporcionada: ser sob o ponto de vista moral e pela força de sua liberdade um ser humano bom. O significado da vida humana não é estar bem, mas ser bom". JUNGES, José Roque. A concepção kantiana de dignidade humana. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 40, n. 2, p. 84-87, julho-dezembro 2007, p. 86-87.

34 Tratam-se, especificamente, dos pactos internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais (PIDESC) e de direitos civis e políticos (PIDCP), adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, como "instrumentos de adicional proteção dos Direitos Humanos, destinados a ser usados quando vierem a falhar as instituições nacionais na concretização da justiça. Na verdade, os direitos consagrados nos dois pactos deveriam constituir um só instrumento normativo, mediante a visão de indivisibilidade dos Direitos Humanos. Pressões de muitos países fizeram com que eles fossem reunidos em dois pactos, para o que alegavam, principalmente, que os direitos humanos civis e políticos eram autoaplicáveis e passíveis de cobrança imediata, enquanto que os direitos humanos econômicos, sociais e culturais eram 'programáticos'". LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 31. De sua parte, Antônio Augusto Cançado Trindade alerta que a distinção consagrada "nos dois Pactos das Nações Unidas afigurou-se, antes, como um reflexo da profunda divisão ideológica do mundo no início dos anos cinquenta, a repercutir inexoravelmente nos trabalhos das Nações Unidas. No presente domínio, por exemplo, o então 'grupo ocidental' enfatizava os direitos civis e políticos, ao passo que o então 'bloco socialista' privilegiava os direitos econômicos, sociais e culturais. Não há que passar despercebido, no entanto, que tal compartimentalização não havia sido antecipada ou propugnada pelos redatores da Declaração Universal de 1948". *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. V. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 355.

qualquer verdadeira reflexão teórica sobre cada categoria"[35]), agrega-se à proposta de hierarquia de valores. Se os Direitos Humanos são alçados ao ápice como retrato da proteção do direito à dignidade, os direitos sociais, por sua vez, como parte desse conjunto coerente e indivisível, são valores a universalizar.

Indubitavelmente, valor pode ser compreendido como tudo aquilo que guia, motiva, direciona, intenciona, estimula as ações humanas. Os valores não são circunstâncias dadas pelo direito, mas sempre construídas e, por isso, são variáveis no tempo e no espaço, esbarrando na questão do multiculturalismo, ou seja, o que é valor para determinada comunidade cultural, pode não ser para outra. Contudo, justamente em razão desse dado, dá-se a relevância dos Direitos Humanos, percebidos como um denominador comum, uma base comum de entendimento entre as culturas que não pode ser contrariada. Não se trata aqui de uma homogeneidade cultural imposta, mas, sim, da missão conferida aos Direitos Humanos de garantir a todos os seres humanos os direitos necessários ao exercício pleno de sua humanidade.

Pensar uma pauta axiológica comum para formação de uma comunidade mundial, com a inserção de direitos sociais, é também encarar a necessidade dos Direitos Humanos nortearem, guiarem, direcionarem as condutas humanas, atribuindo-lhes a condição de um valor transnacional que encontra nas diferentes culturas sua limitação semântica, porém, invoca a atribuição de direitos à simples condição humana. Instaura-se, então, um novo momento para a atual realidade capitalista flexível. Oponíveis aos ditames econômicos, os Direitos Humanos Sociais barram a exclusão e, como fonte comum propulsora, restauram os laços que unem capital e trabalho, concebendo um viés ético às condutas comerciais e, do ponto de vista da concessão de melhores condições de subsistência aos trabalhadores, o respeito a normas sociais mínimas[36] que consagram, em última análise, seu maior valor intrínseco, a dignidade, e primam pela igualdade essencial inerente a todo o ser humano.

36 DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial.* Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 42.

37 DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial.* Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 60.

3 A FUNDAÇÃO DE UMA COMUNIDADE MUNDIAL DE VALORES

Mas, enfim, o que instaura a universalização desses valores? Como encontrar um denominador comum entre culturas diferentes e, até mesmo, antagônicas? O direito, por si só, é suficiente ou se deve percorrer o caminho do direito à ética?

O direito confere maior estabilidade aos princípios e diretrizes que rege[37], porém é menos evolutivo: comporta paradigmas fixos e, ainda que tenha a pretensão global, atende muito mais aos interesses das nações poderosas ocidentais, desconsiderando as peculiaridades culturais. Ademais, o direito não tem o condão de criar valores, ele não é apto a revelar as circunstâncias que orientam as condutas humanas, apenas as indica, ou ainda, as nomina. Na verdade, a função do direito seria a de garantir a identidade cultural dos povos e, portanto, o próprio multiculturalismo. Todavia, o sentimento de pertencimento a deter-

37 O direito, a norma jurídica positiva, está intimamente ligado à questão da forma, razão pela qual se torna insuficiente para instauração da universalização de valores. Por isso, mostra-se necessário, ainda que brevemente, (re)visitar a história, particularmente a era clássica do Direito Romano, em que o verdadeiro direito era o que estivesse em sintonia com a justiça, havendo a clara distinção entre *jus* e *lex*. Contudo, na atualidade, encara-se a surpreendente "politização do direito", obra do positivismo jurídico. A proposta positivista, ao determinar a objetificação do direito, reduzindo-o ao sistema normativo vigente, retira-lhe qualquer autonomia, transformando-o num mero instrumento de poder, usado para qualquer fim. A produção normativa volta-se ao atendimento dos interesses dos "políticos de plantão" e a vida pública resta por ser determinada pelas normas jurídicas vigentes, elaboradas pelo poder legislativo. Mas o verdadeiro direito – se é que pode existir um falso-direito – não é um sistema lógico de normas silogístico-subsuntivo. Na medida em que transformado em mero instrumento de um programa legislativo e servindo às conveniências de determinada concepção política, o direito deixa de ser direito. Só a autonomia permite que o direito seja direito. Com a perda de sua autonomia, o direito torna-se um simples fim social, um meio para os fins teológicos da política, valendo para qualquer finalidade e a serviço de todo e qualquer objetivo. Na sociedade pós-industrial, regida pelo total esvaziamento axiológico, em que a ciência assume o lugar da ética, o direito, identificado com o cientificismo empírico, com um pragmatismo utilitarista, fundamentos da vida contemporânea, transforma-se num mecanismo finalístico-estratégico e a legislação revela-se em expressão ideológica da corrente política dominante. Mas o fenômeno jurídico não é política, tem relação com a ética, com a filosofia prática helenística. Da resolução dos problemas jurídicos surge o direito, como expressão de toda consciência axiológica de determinada cultura, tendo por base uma fundamentação prático-normativa para resolução dos conflitos sociais com fins de produzir uma justiça material. Vale dizer, no direito é preciso valorizar o conteúdo e depois a forma.

minada comunidade é essencialmente voluntário, já que "o direito não torna todas as diferenças compatíveis"[38] e a importância da função atribuída aos Direitos Humanos está justamente na aproximação dessas distinções como uma base comum fundante entre as culturas não compulsórias.

Por outro lado, "a ética depreende, ocasião por ocasião, soluções que são necessariamente evolutivas"[39], porém repercute numa instabilidade demasiada e, consequentemente, em insegurança. A ideia de valores, contudo, importa necessariamente em uma reflexão ética, mas "para hierarquizar os valores, para responsabilizar aqueles que os transgridem, a ética não basta"[40]. Há a necessidade da conjugação dos dois fatores (direito e ética) no objetivo de "harmonizar-se de maneira positiva à promoção de valores, ou de modo negativo sobre as principais proibições"[41]. Daí que, tratando-se de valores, "a hierarquia parece clara: em caso de conflito, os valores não mercantis, que não tem equivalente e não são substituíveis, deveriam ser superiores"[42].

Dito isso, percebe-se que a instauração de valores universalizáveis ou universais depende de uma construção axiológica. Os valores devem ser construídos em harmonização com as diferentes culturas. O nascimento e desenvolvimento de direitos reconhecidos a todas as pessoas expressamente declara "a possibilidade de construir historicamente bases mínimas de convivência entre os povos que sejam universalmente aceitas"[43], a partir de uma semântica universal,

---

38 DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 118.

39 DELMAS-MARTY, Mireille. Aula do Collège de France de 18 de março de 2008. Áudio disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/cours_du_25_mars_diffuse_le__1.jsp>. Acesso em: 30 jun. 2009.

40 DELMAS-MARTY, Mireille. Entrevista para Lettre du Collège de France, n° 22, fév. 2008. Disponível em: <http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL17566_J22INTDELMAS.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2009. "Pour hiérarchiser les valeurs, pour responsabiliser ceux qui les transgressent, l'éthique ne suffit pas".

41 DELMAS-MARTY, *loc. cit.* "Selon que l'objectif est de s'accorder de façon positive sur les valeurs à promouvoir, ou de façon négative sur les principaux interdits [...]".

42 DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordem jurídica mundial e paz positiva.* Entrevista a Le Monde Diplomatique. Disponível em: <http://diplo.uol.com.br/2003-07,a691>. Acesso em: 29 jun. 2009.

43 GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. A retórica dos direitos humanos. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 179.

ou universalista, que permita a fundação de uma comunidade mundial de valores sem exterior, cujo âmago é a simples condição humana, superando a pretensão regulatória normativa relativista estatal.

Esse fenômeno é perfeitamente detectado quando se trata de Direitos do Homem. Ainda que fundamentais e fundadores,

> os Direitos Humanos funcionam menos como conceitos fundando uma base de valor universal a determinar, por antecipação, respostas uniformes e estáveis, e mais como processos transformadores, a deflagrar um movimento de compatibilização de diferenças. Isto é, de aproximação e não necessariamente de uniformização[44].

A proposta, de fato, não se confunde com uniformização. "Universalizar" relaciona-se muito mais ao objetivo de fixar denominadores comuns de sentido, que aproximam as culturas, com base em um diálogo aprofundado de questões mundiais relevantes, do que a imposição hegemônica generalizada do mais forte. Certamente os Direitos Humanos revelam-se, nesse processo, como um fator de evolução, de caráter transformador.

O estabelecimento de um mínimo comum de valores em uma sociedade intercultural mundial a partir da pauta proposta pelos Direitos Humanos, para construção e ordenação de valores consensuais destinados à constituição de uma verdadeira comunidade mundial (diga-se, espontânea), é um processo evolutivo de mais de sessenta anos[45]. A Declaração de 1948 generalizou o impulso, com a clara e expressa menção à universalidade desses direitos. Posteriormente o processo se estende com outros pactos internacionais que se seguem, por exemplo, a Declaração da Unesco

44 DELMAS-MARTY, Mireille. Aula do Collège de France de 18 de março de 2008. Áudio disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/cours_du_25_mars_diffuse_le__1.jsp>. Acesso em: 30 jun. 2009.

45 O estopim veio com a Carta das Nações Unidas de 26 de junho de 1945, imediatamente após o fim da Segunda Guerra. Contudo, não se pode ser completamente ingênuo. "Aux lendemains de la Seconde Guerra mondiale, le Charte de l'ONU pose cenpendant des règles à vocation universelle pour tenter de canaliser le recours à la force. Mais ces règles se limitent pour l'essentiel (avec un succès variable) à la 'paix négative', l'absence de guerre. N'ayant pour objet ni de réduire les desequilibres économiques et financiers, ni d'apaiser les conflits ethniques et religieux, la Charte ne donne pas les moyens à l'ONU de bâtir la 'paix positive'". DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l´universel.* Paris: Éditions du Seuil, 2004, p. 23.

de 2005[46] que, por sua vez, registra a necessidade de respeito à diversidade cultural (art. 2º) e explicita que todas as culturas têm a mesma dignidade.

"A multiplicidade das culturas e das línguas – a Torre de Babel – exprime o pluralismo da condição humana, mas a convivência pacífica de múltiplas culturas em interação permanente exige a capacidade de traduzir de uma para outra"[47]. A universalização dos Direitos Humanos e a preservação das diferenças culturais, embora aparentemente conflitantes, têm em comum o alcance semântico, ou seja, os Direitos Humanos como uma linha limítrofe de sentido para as diversas manifestações de cultura, sem a necessária incompatibilidade.

Hoje nitidamente se percebe que "os dispositivos ligados às pessoas (direitos da pessoa e da humanidade sob as diversas formas), proclamados universais, permanecem, na prática, dependentes da ordem jurídica nacional", enquanto apenas os conceitos do mercado já podem ser aplicados universalmente[48]. Nessa perspectiva, a comunidade mundial deve repensar os mecanismos precarizadores das relações sociais próprios do capitalismo neoliberal e disseminar a ideia de que todos os homens são iguais em dignidade, de tal sorte que nenhum ser humano possa ser tratado como mero objeto ou coisa, servindo simplesmente como meio para a reprodução da riqueza. Aliás, no instante em que se puder dar preço a qualquer pessoa que seja, dignidade inexistirá[49]. "Em síntese, num mundo globalizado animado pelo ideal da paz não cabe o isolacionismo moral, mas a hospitalidade universal"[50].

---

46 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 19 de outubro de 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180S.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2009.

47 LAFER, Celso. *Paz, direitos humanos e multiculturalismo.* Jornal da Ciência, 20 dez. 2004. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=24172>. Acesso em: 30 jun. 2009, p. 2.

48 DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordem jurídica mundial e paz positiva.* Entrevista a Le Monde Diplomatique. Disponível em: <http://diplo.uol.com.br/2003-07,a691>. Acesso em: 29 jun. 2009.

49 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 52.

50 LAFER, Celso. *Paz, direitos humanos e multiculturalismo.* Jornal da Ciência, 20 dez. 2004. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=24172>. Acesso em: 30 jun. 2009, p. 2.

Diante disso, mas sobretudo pela evidente desigualdade social e econômica mundial, na atualidade a concretização do "bem-estar das massas" deve superar a condição instrumental da economia e sobrepor-se, insculpida em uma linguagem comum. A formação de "uma tal comunidade só pode existir se o reconhecimento de valores comuns contribuir para determinar o sentido das normas aplicáveis"[51]. A necessidade é "desenvolver uma lógica dos direitos humanos – que podemos chamar de cosmopolitismo ético – que convença os indivíduos, os grupos e as sociedades a tratar cada indivíduo como sujeito de igual valor intrínseco"[52].

A disseminação universal dos Direitos Humanos como instrumento de união espontânea entre os indivíduos (o "direito dos direitos"[53]), sob uma mesma pretensão fundada em valores comuns, faz emergir a superação da crença de "alterar o *status quo* pela simples mudança legislativa"[54]. O discurso se propõe ao compartilhamento de sentidos, a partir de uma linguagem moral compartilhada que estabeleça os limites mínimos respeitáveis[55].

Nesse processo, os instrumentos internacionais que se sucederam no tempo revelam preponderância ao identificar pontos de contato entre os Estados signatários e patamares de solidariedade. À Declaração Univer-

51 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l´universel.* Paris: Éditions du Seuil, 2004, p. 23. "Mais une telle communauté ne peut exister que si la reconnaissance de valeurs communes contribue à déterminer le sens dês normes applicables. Autrement dit, elle postule um universalisme des valeurs que le relativisme obstiné des faits contredit chaque jour".

52 VIEIRA, Oscar Vilhena; DUPREE, A. Scott. Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 1, n. 1, 1° semestre, 2004, p. 57.

53 "[...], progride a ideia de reconhecer aos direitos do homem o papel de um 'direito dos direitos', marcando a expressão, ao mesmo tempo, seu lugar novo na teoria e na prática dos sistemas jurídicos e sua vocação nova, não somente de protesto mas também de harmonização dos diversos sistemas. Para além do 'ideal comum' proclamado pela Declaração Universal de 1948, ou de 'linguagem comum da Humanidade', evocada pelo secretário-geral da ONU na abertura da Conferência Mundial de Viena sobre os direitos do homem, o documento adotado no desfecho dessa conferência em junho de 1993 salienta que a Declaração Universal constitui doravante um 'modelo a ser seguido'". DELMAS-MARTY. *Por um direito comum.* São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. XI.

54 LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 36.

55 *Ibid.*, p. 57.

sal seguiram-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966[56], e, mais tarde, em 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, reconhecendo que o direito ao desenvolvimento é direito humano inalienável (art. 1°). Este último, aliás, constituído "na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente"[57], percebido como um direito de terceira geração[58]. Não é demais mencionar, igualmente, outros pactos internacionais relativamente à internacionalização dos Direitos Humanos, como, por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre as mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da criança (1989), a Convenção relativa ao Estatuto do Refugiado (1951), além de outras convenções e protocolos referentes ao Direito Internacional Humanitário, à Cooperação Internacional, à pena de morte e ao trabalho e emprego, estes últimos especificamente da OIT[59] (Organização Internacional do Trabalho).

---

56 O que evidencia a conjugação do valor liberdade com o da igualdade. "Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar em justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados (sic) e são interdependentes entre si". PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 141-142.

57 SEN, Armatya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 10.

58 LAFER, Celso. *Paz, direitos humanos e multiculturalismo.* Jornal da Ciência, 20 dez. 2004. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=24172>. Acesso em: 30 jun. 2009, p. 1.

59 A título exemplificativo, considerando os diversos instrumentos da OIT, mencione-se a Convenção n° 111 sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão, a Convenção n° 105 sobre a Abolição do Trabalho Forçado, a Convenção n° 138 sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego, a Convenção n° 98 sobre a Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva e a Convenção n° 182 sobre a Interdição das Piores Formas de Trabalho das Crianças e a Ação Imediata com vista à sua Eliminação.

A Declaração de 1948 volta a ser reafirmada, em 1993, na Segunda Grande Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, em que "a linguagem, a gramática contemporânea da Declaração vem enfatizada"[60]. Realizada após os impactos do fim da Guerra Fria e de seus conflitos ideológicos, a Conferência da ONU adensou a "asserção jurídica e diplomática da abrangência do 'direito a ter direitos'"[61]. As aspirações voltam-se a transformar os "Direitos Humanos como roteiro emancipatório"[62], fomentando a abertura do diálogo multicultural como "condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do 'mínimo ético irredutível', alcançado por um universalismo de confluência"[63].

Todavia, deve-se registrar que a internacionalização dos instrumentos relativos aos Direitos Humanos, vinculando os Estados signatários ao seu conteúdo, muito ainda "supõe a existência de relações necessárias entre as nações"[64]. O desafio é ultrapassar fronteiras[65], é propagar um intercâmbio na busca de uma disseminação universalista e compartilhada de sentidos. O Estado-Nação mantém-se como "um ponto de referência obrigatório"[66], contudo redefinem-se suas funções[67].

---

60 PIOVESAN, Flávia. Palestra IEDC – Instituto de Estudos de Direito e Cidadania. *Anais eletrônicos.* Disponível em: <http://www.iedc.org.br/artigo/dialogando/piovesan.htm>. Acesso em: 11 jun. 2009.

61 LAFER, Celso. *op. cit.* p. 1.

62 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 438.

63 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 155.

64 ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado.* Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7. "'Internacional' [com o prefixo 'inter' e o radical 'nação'] [...]"

65 "[...] conveniente falar de 'transnacionalização', no sentido de que certos fluxos passam de uma nação para a outra sem que esse intercâmbio tenha a ver – ou que dependa exatamente, do direito nacional ou do direito internacional". *Ibid.,* p. 11.

66 ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado.* Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 15.

67 ROCHA, Leonel Severo. Palestra IEDC – Instituto de Estudos de Direito e Cidadania. *Anais eletrônicos* ... Disponível em: <http://www.iedc.org.br/artigo/dialogando/leonel.htm>. Acesso em: 11 jun. 2009.

Emerge um novo fundamento axiológico, contra-hegemônico e relativamente harmônico, que direciona a um direito à vocação universal, não destinado "a substituir os direitos nacionais, mas a combinar-se com eles de maneira complementar e interativa"[68]. Em suma, o que se pretende é criar uma atmosfera propícia ao desenvolvimento de um cosmopolitismo jurídico, cuja noção experimentaria a tradução jurídica de preocupações éticas[69].

Nesse caminho, os Direitos Humanos, como valor à vocação universal, vêm no intuito de superar a "falsa" dicotomia existente entre direitos nacionais e direito internacional, intensificada pela noção de Estado. A formação do Estado-Nação, engendrado pela modernidade e relacionado ao poder estatal[70], representando, em síntese, a simples soma de indivíduos particulares, sem qualquer relação mais intensa entre si, à exceção da própria nacionalidade, foi e ainda é a causa imediata da propagação de um pluralismo normativo desenfreado e desordenado, gerador de assimetrias regulatórias, incidindo negativamente no aspecto social, mas reforçando e aprimorando o funcionamento do mercado (financeiro).

---

68 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l´universel.* Paris: Éditions du Seuil, 2004. p. 43. "[...] les fragments d'un droit à vocation déjà universelle ne sont-ils pas destines à se substituer aux droits nationaux, mais à se combiner avec eux, de façon complémentaire et interactive".

69 *Ibid.,* p. 115. "Rejoignant l'idée que le commerce internacional favorise une société ouverte e crée une atmosphére propice au développement d'um cosmopolitisme juridique, cette notion exprimerait la traducion juridique de préoccupations éthiques".

70 O Estado Moderno ("Estado unitário dotado de um poder próprio independente de quaisquer outros poderes") compõe-se de duas versões. A primeira, absolutista, nascida "das necessidades do capitalismo ascendente, na (ultra)passagem do período medieval", com início no século XV. A segunda, na virada do século XVIII, inspirado pelo modelo liberal burguês, com avanço do absenteísmo da atividade estatal, cujas funções "circunscrevem-se à manutenção da ordem e segurança, zelando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista". STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado.* 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 28, 39 e 61. Independentemente das possibilidades de versão do Estado Moderno, o que aqui se pretende ao tratar de Estado-Nação é indicar a forma de organização política centralizada composta pelos elementos característicos (povo, território e governo), com o "monopólio do sistema monetário, o monopólio do sistema fiscal, o monopólio da realização da justiça", e, sobretudo, o monopólio da produção normativa institucionalizada. *Ibid.,* p. 44.

Por outro lado, "o triunfo da ideia de direitos humanos na esfera doméstica dos Estados se insere em um longo processo de amadurecimento de concepções de natureza ética"[71], muito embora se reconheça que a lógica global disseminada seja a mercadológica. A prevalência dos direitos econômicos em era de hegemonia globalizante, acarretando diretamente a total irregularidade dos parâmetros sociais mínimos nas diversas nações, norteia os ideais capitalistas de acumulação e propaga o individualismo por meio da evidente precarização das relações sociais em nome do primado do capital.

A formação de uma pauta de interesses harmônicos, com base em uma semântica universal, para a fundação de uma comunidade mundial de valores sem exterior, e a superação da pretensão regulatória normativa relativista estatal, se reflete nos direitos sociais. A ultrapassada noção de que os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem equivale praticamente a um grau zero de proteção, reduzindo-os, irremediavelmente, a uma garantia platônica[72].

---

71 LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática.* São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 146.

72 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 439. "Cabe ressaltar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. [...] os direitos civis e políticos não se restringem a demandar mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo". PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (Org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 71.

72. A propósito dos constitucionalistas, José Afonso da Silva afirma serem os direitos sociais uma dimensão dos direitos fundamentais do homem "que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade". SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional.* 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 289-290. No ordenamento jurídico pátrio, o

Daí que a viabilidade de conciliação entre os possíveis valores à vocação universal e a expansão mundial de parâmetros sociais em um modelo socioeconômico de exploração exige direitos mínimos a serem observados por todas as Nações, sobrepondo-se as diferenças culturais, com base em uma consciência espontânea de solidariedade humanista. Uma ação comunitária para a efetivação de efeitos sociais positivos decorre da vontade livre dos integrantes de manterem-se unidos em função de um interesse comum, maior a todos eles.

Por isso, as pautas apropriadas da convivência coletiva requerem um consenso axiológico transcultural que permita a instauração da universalização no campo dos direitos sociais. Um padrão mínimo ético de direitos mundialmente respeitados, cujo fundamento, tradução e diálogo repousam não simplesmente na função intermediadora das normas, mas em valores-guias que motivam e validam as condutas humanas.

A inserção do rol dos direitos sociais sob a tutela internacional decorre da própria verificação evolutiva dos Direitos Humanos. A assunção dos atuais Direitos Humanos como legítimos direitos da humanidade instaurou-se por meio de um progresso histórico, o que importa concluir que "sempre haverá novos direitos sendo reclamados enquanto tais"[73]. "O elenco de direitos do homem se modificou e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas"[74], por isso "não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar"[75].

A exigência de prestações estatais positivas, ou seja, da atuação do Estado no sentido de garantir condições sociais mínimas ao exercício de uma vida digna, já não é mais o bastante num mundo "sem fronteiras". As desigualdades sociais atuais aviltam a condição humana e criam uma massa de excluídos, completamente segregada das vantagens econômicas alcançadas e dos direitos indispensáveis.

A perspectiva econômica contemporânea descarta, manipula, oprime, aniquila aos que a ela se submetem,

---

elenco dos direitos sociais encontra previsão no rol do art. 6° da Constituição Federal, *in verbis:* "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados, na forma desta Constituição".

73 LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 70.

74 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18.

75 *Ibid.*, 18-19.

de modo que a presente tendência hegemônica abandona as conquistas sociais e volta-se exclusivamente à reprodução de riqueza. O efeito imediato é a desumanização[76], fruto da ética dos interesses materiais, própria do sistema capitalista, restando por empregar uma lógica autodestrutiva: o sistema ameaça a sobrevivência humana, sem a qual esse mesmo sistema não pode existir, no que resulta que o capitalismo ameaça o capitalismo mesmo[77].

A noção de construção dos direitos sociais como valores universalizáveis resulta da constatação de que os Direitos Humanos podem representar limites pragmáticos a *Lex Mercatoria* e, em consequência, impor transnacionalmente condições sociais mínimas de equidade e respeito a todas as pessoas. Tratar-se-ão de um "adquirido axiológico"[78] que frustre, ou melhor, que "traduza" à escala mundial o "conflito misto que opõe mais largamente os direitos do homem ao mercado e o liberalismo econômico à ética da solidariedade e da partilha induzida pelos direitos sociais"[79].

Nesse contexto, na condição de valor, os direitos sociais são apoiados no consenso histórico, sendo tanto mais fundados quanto mais aceitos[80]. Por isso, fazer crer na "universalidade de valores, no único sentido de que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens"[81], impõe a

76 DELMAS-MARTY, Mireille. Aula do Collège de France de 25 de março de 2008. Áudio disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/cours_du_18_mars_diffuse_le__2.jsp> Acesso em: 1 jul. 2009. A autora propõe o binômio humano/desumano, lembrando que o desumano tem a capacidade de redução do humano na alta potência, revelando-se em uma face perversa do humano.

77 HINKELAMMERT, Franz J. *El sujeto y la ley: el retorno del sujeto reprimido.* Heredia, C.R.: EUNA, 2003, p. 492.

78 LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática.* São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 181.

79 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l´universel.* Paris: Éditions du Seuil, 2004, p. 145. "Il est vrai qu'à l'echelle mondiale le conflit au sein dês droits de l'homme est considérablement aggravé par le conflit «miste» qui oppose plus largement les droits de l'homme au marché et le liberalisme économique à l'éthique de la solidarité et du partage induite par les droits sociaux".

80 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 27.

81 *Ibid.*, p. 28.

formação de uma verdadeira comunidade mundial que instaure o reconhecimento intrínseco e voluntário a todas as pessoas do direito a parâmetros sociais dignos.

Contudo, a positivação de direitos sociais não importa na sua efetividade. Não é função do direito "fazer sentir" os legítimos valores. "Os valores são um bem cultural. Têm um suporte, uma base na realidade, mas têm igualmente um significado que aponta para uma direção de 'dever ser'"[82]. Dada construção axiológica coletiva e universal contribui e influencia a formação do direito, mas não será o direito que tornará a observância desses valores efetiva.

O Direito simplesmente advém de toda a tradição axiológica de uma determinada sociedade, razão pela qual todo e qualquer texto normativo deve encontrar sua validade no contexto cultural. Disso decorre a necessidade de um fundamento axiológico "*a priori*" para o Direito que pressuponha um interesse comum[83].

Daí que a eventual positivação de valores universais ou universalizáveis exercerá a função precípua de declarar o norte semântico e, talvez, prever alguma sanção por sua violação, não importando em sua efetividade, diga-se, se são ou não de fato observados pela coletividade. "A reivindicação de legalidade é apenas isso – uma reivindicação –, justificada pela importância ética de reconhecer que certos direitos constituem pretensões próprias de todos os seres humanos"[84]. Logo, os Direitos Humanos não devem ser identificados como direitos legais legislados[85], conclusão que se estende aos direitos sociais. Indo um pouco mais além: acaso assim fossem confundidos, resvalaríamos num completo "fosso do relativismo", em que

82 LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática.* São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 180.

83 Nas lições de Robert Alexy, os direitos humanos são direitos morais, razão pela qual sua validade independe da positivação efetuada pela norma jurídica. Basta, para verificar a validade moral da norma, que, no plano moral, ela seja suscetível de ser justificada racionalmente perante todos aqueles que a aceitam. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de direito administrativo,* v. 217, p. 58 e ss., jul./set. 1999. Nesse artigo, Alexy destaca cinco marcas de que são dotados os direitos humanos: são universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos.

84 SEN, Armatya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 263 e 264.

85 SEN, *loc. cit.*

cada "corpo normativo estatal" determina as disposições legais vigentes em seu espaço territorial, repercutindo em total assimetria global desses direitos.

Assim sendo, o compromisso com a concretização dos Direitos Humanos "caracteriza tarefa de todos, em comprometimento comum com a dignidade de todos"[86]. Importa estabelecer na comunidade internacional relações de respeito mútuo (entre países e entre os cidadãos) para o desenvolvimento comum[87], especialmente no terreno social, por meio de regras éticas, de conduta ou de deontologia[88], pautadas no "mínimo ético irredutível"[89].

Num mundo em que, pelo menos, "um terço da população mundial vive em extrema pobreza. Um milhão e trezentas mil pessoas ganham menos de U$ 1,00 por dia; mais de 150 milhões de crianças estão mal nutridas e outras 100 milhões se encontram fora das escolas"[90], preço de um modelo socioeconômico que premia a reprodução da riqueza nas mãos de poucos e incita a reprodução das disparidades

86 MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos humanos globais (universais) de todos, em todos os lugares! In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 523.

87 LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 68.

88 DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial.* Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 67.

89 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 150-151.

90 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos humanos 50 anos depois.* Palestra IEDC – Instituto de Estudos de Direito e Cidadania. Disponível em: <http://www.iedc.org.br/artigo/dialogando/piovesan.htm>. Acesso em: 4 ago. 2009. Mireille Delmas-Marty relata, já no ano de 2003, que "no conjunto mundial, estima-se que a pobreza toca em torno de dois bilhões de pessoas, chegando a 5 bilhões em trinta anos. Isto traduz a urgência de uma ação internacional, tanto em escala regional como mundial". Diante desse "quadro", argumenta a autora que "a resposta não pode ser puramente econômica, nem mesmo social, donde a dificuldade de uma legislação sobre os pobres. Não se pode mais – e não se deve mais – criar um estatuto do pobre como existe um estatuto do desempregado e, como reclamam alguns, o estatuto do imigrante. Além do que, os pobres 'não são', como diz Rilke em seu *Le livre de la pouvreté et de la mort*, 'eles não são senão privados dos bens essenciais e deixados à sorte, sem força e sem vontade'. Sejamos claros: não se trata de assistência, mas de integração à sociedade, com um estatuto de cidadania. Não se trata de sobreviver, mas de viver plenamente, com os outros homens, e reconhecido como seu semelhante". DELMAS-MARTY, Mireille. *op. cit.* p. 56-57.

sociais, a integração de valores para convivência coletiva[91] universaliza a emancipação dos Direitos Humanos da tutela estatal, tornando-os oponíveis aos Estados[92].

O respeito a condições sociais que contribua à humanização harmônica do modelo de desenvolvimento econômico impõe-se como reprimenda aos efeitos negativos dos parâmetros capitalistas atuais, sob pena de, no lugar de uma aldeia global, assistirmos à formação do saqueio global[93]. "Mas não bastará acumular textos e construir passarelas em papel. Ainda será necessário garantir a efetividade dessas normas, condição de validade empírica dos sistemas de direito"[94]. Efetividade normativa, aliás, como conteúdo-chave dos particularismos estatais, admitindo a repercussão social da norma de acordo com as perspectivas e características inerentes a cada sistema.

Esbarra-se, aqui, na problemática do multiculturalismo. Se o reconhecimento de múltiplos sistemas jurídicos válidos é um dado, a admissão da diversidade cultural é seu fundamento. "As tradições, os dados históricos, culturais e religiosos de cada Nação, e os valores de cada povo, não podem ser ignorados"[95], do que decorre a pa-

---

91 LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática.* São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 146, 194.

92 DELMAS-MARTY. Mireille. *La mondialisation du droit: vers une communauté de valeurs?* Disponível em: <http://www.millenaire3.com/uploads/tx_ressm3/TU_Delmas_Marty240108.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2009. "Du point de vue politique, les Droits de l'Homme se sont progressivement emancipes de leur occidentalisme, au point d'être invoques à l'appui de la décolonisation. Les Droits de l'Homme se sont aussi émancipés de leur tutelle étatique, jusqu'á devenir opposables aux Etats".

93 GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización em nuestras vidas.* Tradução de Pedro Cifuentes. Buenos Aires: Taurus, 2003, p. 28. Diga-se, a título de destaque, o evidente saqueio global da tutela social, o que, a termo, resta por motivar e justificar com requinte a descartabilidade do ser humano.

94 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l´universel*. Paris: Éditions du Seuil, 2004, p. 168. "Mais il ne suffira pas d'accumuler des textes et de construire passarelas em papel. Encore faudra-t-il garantir l'effectivité de ces nomes, condition de la validité empirique des systèmes de droit".

95 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direito humanos, vol. 1*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 222. Reprodução dos argumentos e percepções da Delegação da Líbia na Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993.

tente assimetria dos Direitos Humanos Sociais nas diferentes culturas.

Por tudo isso, "o momento parece então chegado, não de renunciar ao pluralismo cultural, mas de conceber como a variabilidade que aqui resulta possa contribuir a 'geradora de diversidade' que servirá a imaginar a norma comum aceitável por todos[96]". A diversidade cultural servirá de ponto de partida para o alcance do compartilhamento de um norte semântico proposto por uma linguagem moral universal. Respeitar as diferenças é também propor um denominador comum, do que decorre a implementação da verdadeira igualdade.

Nesse caminho está a importância da "realização de diálogos interculturais, que identifiquem constelações axiológicas comuns nas diferentes culturas"[97], como a única "forma apta a propiciar a consolidação dos elos sociais que definem, em última instância, a eficácia internacional dos direitos humanos"[98]. Partir das diferenças culturais para superação das assimetrias é o modo mais tranquilo de construção de uma ação comunitária para a efetivação de efeitos sociais globais positivos.

Definitivamente "nenhuma cultura tem a 'boa resposta', cada uma deve se aprofundar para procurar uma resposta comum compatível com suas próprias referências"[99]. Nesse aspec-

---

96 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l´universel.* Paris: Éditions du Seuil, 2004, p. 24. "Dans l'immédiat, le risque est cependant la tentation hégémonique du pays le plus puissant et les reactions nationalists des autres. Le plus probable est donc de voir se renforcer une discontinuité à fronts renversés dejà observable: à mesura que l'universalisme devient normatif, on voit en effect se développer un nouveau relativisme, abstrait et théorique, qui oppose à l'internationalisation du droit des arguments quasi théologiques mais il semble céder le pas devant la globalization. Le moment semble donc venu, non de renoncier au pluralisme culturel, mais de concevoir comment la variabilité qui en résulte pourrait contribuer ao 'générateur de diversité' qui servira à imaginer la norme commune acceptable par tous".

97 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A institucionalização dos direitos humanos: conquistas e desafios. In: *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 650.

98 AMARAL JÚNIOR, *loc. cit.*

99 DELMAS-MARTY. Mireille. *La mondialisation du droit: vers une communauté de valeurs?* Disponível em: <http://www.millenaire3.com/uploads/tx_ressm3/TU_Delmas_Marty240108.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2009. "Aucune culture n'a de 'bonne réponse', chacune doit s'approfondir pour chercher une réponse commune compatible avec ses propres repéres".

to, o enfraquecimento da normatividade estatal, em favor do mercado, com a gradual e acelerada mudança da função do Estado, eleva os limites fixados pelos marcos normativos internacionais para formação da via do diálogo e do aprofundamento, o que traz à mente a metáfora da esfera[100]. Os Direitos Humanos, certamente, são mecanismos aptos a estabelecer pontos de contato culturais comuns para a fundação de uma comunidade mundial que "não é somente uma comunidade *interestatal* ou *internacional*, mas uma comunidade *inter-humana*"[101], mundial, supranacional, fundada, senão politicamente, ao menos na ética e no direito[102].

4 CONSIDERAÇÃOS FINAIS

O reconhecimento da diversidade cultural e, por consequência, da possível e provável assimetria de valores tornam a proposta de conferir o *status* de "vocação universal" aos Direitos Humanos árdua, mas também suscetível aos riscos da uniformização não pluralista[103]. A questão está em separar a noção de Direitos Humanos enquanto universais de sua identificação enquanto construção do modelo ocidental, induzindo à destruição da diversidade[104]. O desafio está em trabalhar com essa multiplicidade, valendo-se dela para elaboração de um discurso ético, por meio de "um dialo-

100 A metáfora da esfera é proposta por Paul Ricouer: "se eu tento correr na superfície da esfera, eu não encontrarei jamais o universal, eu farei um sincretismo. Mas se eu me aprofundo na minha tradição, eu atalho a distância em relação aos outros na dimensão da profundidade. Na superfície a distância é imensa, mas se eu me aprofundo, eu me aproximo do outro, à condição de que ele percorra o mesmo caminho". DELMAS-MARTY, Mireille. Aula do Collège de France de 18 de março de 2008. Áudio disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/cours_du_25_mars_diffuse_le__1.jsp>. Acesso em: 30 jun. 2009.

101 DELMAS-MARTY, Mireille. Aula do Collège de France de 13 de maio de 2008. Áudio disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/>. Acesso em: 30 set. 2009.

102 DELMAS-MARTY, Mireille. Aula do Collège de France de 05 de março de 2007. Áudio disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/cours_5.jsp>. Acesso em: 30 jun. 2009.

103 DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial.* Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 9. "Do lado da economia, e mais precisamente do direito econômico, trata-se, com efeito, de globalização, caso seja entendida como a difusão espacial em escala global; mas se trata com mais frequência de uma difusão unilateral e, portanto, uniformizadora e não pluralista. Daí o risco evidente de uma mundialização hegemônica que não exprima nada além do que a lei do mais forte".

go atualizado e de estruturas que permitam mudanças contínuas, de modo que uma norma seja vista sob todas as perspectivas"[105].

Contudo, as ameaças próprias da desordem normativa no campo dos Direitos Humanos, originando assimetrias de um pluralismo normativo de sobreposição (cada Estado legisla no e para seu domínio, provocando um "acavalamento" entre diferentes marcos normativos – nacionais, regionais e internacionais), acarretam práticas sociais globais desiguais, cuja variabilidade importa um total relativismo[106]. Próprio da diversidade cultural, a inexistência de parâmetros sociais mínimos acirra e contribui para a disparidade econômica entre as nações centrais e periféricas, de forma que, para construção de um sentido universal fundado em valores comuns, dificulta o processo de formação de uma comunidade mundial

---

104 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 151.

105 VIEIRA, Oscar Vilhena; DUPREE, A. Scott. Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos,* ano 1, n. 1, 1° semestre, 2004, p. 57.

106 Aliás, no plano internacional, os Direitos Humanos acabam por não alcançar um bom grau de obrigatoriedade entre os Estados. Por isso a necessidade de encará-los como obrigações *erga omnes,* mais do que meras recomendações aos Estados. Tratam-se, como lembra Antônio Augusto Cançado Trindade, de um *jus cogens,* constituído por um *corpus iuris* marcado por uma lógica própria de um *direito de proteção*. Logo, não é dado cindi-los conforme os interesses particulares das nações. "O Direito Internacional dos Direitos Humanos se insurge contra a seletividade discricionária, seja no tocante aos destinatários da norma, seja em relação às condições de aplicação das mesmas. Quanto aos primeiros, sustenta que os direitos humanos se impõem de igual modo, consoante os mesmos critérios, a todos os países. Quanto às segundas, não admite que se 'escolham' determinados direitos a promover e proteger à exclusão dos demais, adiando a realização desses a um futuro indefinido, geralmente sob o pretexto de alegada falta de recursos materiais. Não admite, em suma, que se sacrifiquem gerações, com a promessa vaga e enganosa de só assim poder começar a construir 'futuro melhor'. Tais visões fragmentadas, no espaço e no tempo, alentadas pelos detentores do poder arbitrário, não se coadunam com o propósito último do Direito Internacional dos Direitos Humanos de assegurar a proteção integral do ser humano em todas as áreas da atividade humana e em todas e quaisquer circunstâncias. Não há justificativa para a seletividade no presente domínio de proteção. Erigido para defender a pessoa humana contra toda as formas de dominação e arbitrariedade, o presente *corpus iuris* de proteção forma um todos harmônico e indivisível". TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direito humanos*. V. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 20 e 25-26.

que "concilie" interesses culturais divergentes e antagônicos.

Não se pode negar, por outro lado, que, como reflexo das consequências negativas da Segunda Guerra, "as políticas de direitos humanos estiveram em geral a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos"[107], daí porque sua ocidentalização. Aquilo que se compreende por Direitos Humanos universais hoje está diretamente relacionado a uma noção ocidental de mundo, muito arraigada à visão socioeconômica da propriedade privada dos meios de produção, diga-se, capitalista, e, acima de tudo, extremamente individualista.

Contudo, a cultura pesa na institucionalização dos valores e o diálogo intercultural decorre diretamente do reconhecimento das incompletudes culturais. A questão nodal é partir das diferenças para a construção de um horizonte de sentido comum. A resposta sobre a natureza dos Direitos Humanos Sociais não resulta da experiência cultural particular de um povo, mas dada solução advém de uma reflexão filosófica que supere os particularismos.

As vicissitudes de cada cultura é exatamente o que autoriza a percepção das fragilidades de cada uma delas e, assim, a imprescindível complementaridade com as demais. Deve-se perceber que as incompletudes culturais são o espaço de racionalização de um denominador comum, em direção a um ponto de equilíbrio. Por isso, a instauração de um norte de sentido universal para uma pauta de interesses harmônicos, em uma comunidade sem exterior, que inclua a toda e qualquer pessoa e se assente na simples condição de "ser humano".

O grande desafio é indicar padrões mínimos de conduta a serem globalmente respeitados. Fixar limites à exploração humana, por meio de mecanismos mundialmente aceitos, exige um consenso axiológico transcultural que se guia por um universalismo de confluência, cuja expressão máxima são os Direitos Humanos, particularmente os Direitos Humanos Sociais.

O que se busca é uma construção axiológica que viabilize a instauração de valores universalizáveis fundantes de uma comunidade inter-humana, sem exterior. Tais valores serão hábeis a determinar o sentido das normas aplicáveis e o expresso reconhecimento de vetores de conduta pelos instrumentos internacionais, permitindo que se pense em alternativas conciliadoras entre a

107 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 440.

globalização econômica e a universalização dos direitos sociais. Trata-se de um projeto cosmopolítico que discipline a "inserção de valores morais, que se encontram num patamar anterior, e superior, ao próprio sistema positivo"[108]. "Globalizar" e "universalizar", fenômenos que, se bem trabalhados, são fundamentais para a instauração de uma "relação equilibrada e mutuamente fortalecedora entre a competência global e a legitimidade local", precondição de uma política contra-hegemônica de Direitos Humanos, transformados à luz do que é chamado de multiculturalismo emancipatório[109].

Por isso, orientar, direcionar, guiar as ações humanas, trabalhando com a diversidade cultural para elaboração de um discurso ético comum, encontra nos valores universais a possibilidade de uma mesma norma ser vista sob todas as perspectivas. Garantir a todos os seres humanos os direitos necessários ao exercício pleno de sua humanidade é a missão dos Direitos Humanos, o que permite atribuir-lhes a condição de um valor transnacional que encontra nas diferentes culturas a sua limitação semântica.

---

108 BARRETO, Vicente de Paulo. Direito cosmopolítico e direitos humanos. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 40, n. 2, p. 100-103, julho-dezembro 2007, p. 102.

109 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 438. "É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Atualmente são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o interamericano, o africano e o asiático. Mas serão os direitos humanos universais como artefato cultural, um tipo de invariante cultural ou transcultural, parte de uma cultura global? A minha resposta é não. Ainda que todas as culturas tendam a definir os seus valores mais importantes como os mais abrangentes, apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Por isso mesmo, a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona ao questioná-lo. Em outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental. [...] paralelamente aos discursos e práticas que fazem dos direitos humanos um localismo globalizado, têm sido desenvolvidos discursos e práticas contra-hegemônicos que, além de verem nos direitos humanos uma arma de luta contra a opressão independente de condições geoestratégicas, apresentam propostas de concepções não ocidentais de direitos humanos e organizam diálogos interculturais sobre os direitos humanos e outros princípios de dignidade humana. À luz destes desenvolvimentos, creio que a tarefa central da política emancipatória do nosso tempo consiste em transformar a conceitualização e a prática dos direitos humanos de um localismo globalizado, em um projeto cosmopolita", p. 438-441.

É indispensável a introdução de uma nova gramática contemporânea à realidade capitalista. Propor a instauração de uma linguagem comum, fundada em valores universais, ou universalizáveis, subjetivamente acolhida pelo universo de homens, importa reconhecer que a hierarquização de valores agrega-se à possível universalização dos direitos sociais, os quais, enquanto Direitos Humanos, são também o retrato da proteção do direito à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de direito administrativo,* v. 217, p. 58 e ss., jul./set. 1999.

ALVES, Giovanni; WOLFF, Simone. Capitalismo global e o advento de empresas-rede: contradições do capital na quarta idade da máquina. *Caderno CRH,* Salvador, v. 20, n. 51, p. 515-528, set./dez. 2007.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A institucionalização dos direitos humanos: conquistas e desafios. In: *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 2002.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado.* Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo. Direito cosmopolítico e direitos humanos. *Estudos Jurídicos,* São Leopoldo, v. 40, n. 2, p. 100-103, julho-dezembro 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Tradução Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Sérgio. Democracia cosmopolita: déficits conceituais e equívocos políticos. *Revista brasileira de Ciências Sociais,* São Paulo, v. 18, n. 53, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102--69092003000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 jun. 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um dieito mundial.* Tradução Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Ordem jurídica mundial e paz positiva.* Entrevista a Le Monde Diplomatique. Disponível em: <http://diplo.uol.com.br/2003-07,a691>. Acesso em: 29 jun. 2009.

_____. *Le rôle du droit dans l´émergence d´une communaute mondiale de valeurs*. Aula ministrada, em 7 de setembro 2008, em Paris. Disponível em: <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/delmas.htm>. Acesso em: 31 mai. 2009.

_____. Aula do Collège de France de 18 de março de 2008. Áudio disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/cours_du_25_mars_diffuse_le__1.jsp>. Acesso em: 30 jun. 2009.

_____. Entrevista para Lettre du Collège de France, n° 22, fév. 2008. Disponível em: <http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL17566_J22INTDELMAS.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2009.

_____. Aula do Collège de France de 25 de março de 2008. Áudio disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/cours_du_18_mars_diffuse_le__2.jsp> Acesso em: 1 jul. 2009.

_____. Aula do Collège de France de 13 de maio de 2008. Áudio disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/>. Acesso em: 30 set. 2009.

_____. Aula do Collège de France de 5 de março de 2007. Áudio disponível em: <http://www.college-de-france.fr/default/EN/all/int_dro/cours_5.jsp>. Acesso em: 30 jun. 2009.

_____. *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l´universel.* Paris: Éditions du Seuil, 2004.

_____. *Por um direito comum.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *La mondialisation du droit: vers une communauté de valeurs?* Disponível em: <http://www.millenaire3.com/uploads/tx_ressm3/TU_Delmas_Marty240108.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2009.

DUPAS, Gilberto. Impactos sociais e econômicos das novas tecnologias de informação. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL UNIVERSIDADE E SOCIEDADE, 1999, *Anais eletrônicos*. São Paulo: Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade – USP, 1999. Disponível em: <http://www.ime.usp.br/~cesar/simposio99/Dupas.htm>. Acesso em: 29 jun. 2009.

ENGELMANN, Wilson. *A origem jusnaturalista dos direitos hu-*

manos: o horizonte histórico da declaração universal dos direitos humanos de 1948. Artigo apresentado no CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, julho, 2009.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada.* São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. Globalização e Justiça. In: CAMPUZANO, Afonso de Julios; OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do instituto de hermenêutica jurídica,* Porto Alegre, v. 1, n. 3, 2005.

GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización em nuestras vidas.* Tradução de Pedro Cifuentes. Buenos Aires: Taurus, 2003.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. A retórica dos direitos humanos. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HINKELAMMERT, Franz J. *El sujeto y la ley: el retorno del sujeto reprimido.* Heredia, C.R.: EUNA, 2003.

HOBSBAWM, Eric. *O novo século: entrevista a Antonio Polito.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

JUNGES, Roque. A concepção kantiana de dignidade humana. *Estudos Jurídicos*, v. 40, n. 2, p. 84-87, julho-dezembro 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1967.

LAFER, Celso. *Paz, direitos humanos e multiculturalismo.* Jornal da Ciência, 20 dez. 2004. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=24172>. Acesso em: 30 jun. 2009.

_____. *Comércio, desarmamento e direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática.* São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre igualdade e diferença.* Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Unisinos, São Leopoldo, 2008.

MAGNOLI, Demétrio. *Globalização: estado nacional e espaço mundial.* São Paulo: Moderna, 1997.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos humanos globais (universais) de todos, em todos os lugares! In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 19 de outubro de 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180S.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Palestra IEDC – Instituto de Estudos de Direito e Cidadania. *Anais eletrônicos*. Disponível em: <http://www.iedc.org.br/artigo/dialogando/piovesan.htm>. Acesso em: 11 jun. 2009.

_____. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.* São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. Palestra IEDC – Instituto de Estudos de Direito e Cidadania. *Anais eletrônicos*. Disponível em: <http://www.iedc.org.br/artigo/dialogando/leonel.htm>. Acesso em: 11 jun. 2009.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.* 10 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SEN, Armatya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional.* 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SINGER, Paul. *Uma utopia militante: repensando o socialismo.* Petrópolis: Vozes, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado.* 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direito humanos.* V. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; KILCA, Marcelo. Constitucionalização da União Europeia em processo: para além do meramente jurídico. *Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Integração Latino-Americana – UFSM,* Santa Maria, v. 2, n. 2, 2006.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Critica al proyecto de Constitución Europea ("Constitución parcial"): La Convención como modesto laboratorio del constitucionalismo supranacional. *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* Buenos Aires, 2003-3.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos humanos 50 anos depois.* Palestra IEDC – Instituto de Estudos de Direito e Cidadania. Disponível em: <http://www.iedc.org.br/artigo/dialogando/piovesan.htm>. Acesso em: 4 ago. 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena; DUPREE, A. Scott. Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos,* ano 1, n. 1, 1° semestre, 2004.

UNIÕES PARALELAS E DIREITO DAS SUCESSÕES

Fernando René Graeff[1]

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre as uniões informais[2] paralelas a um casamento ou a uma união estável, especialmente no que diz respeito ao seu enquadramento jurídico (uniões estáveis propriamente ditas[3] ou apenas uma das espécies de concubinato[4]) e aos efeitos patrimoniais[5] delas decorrentes, tendo como foco principal o Direito das Sucessões.

1 Advogado sócio de Silveiro Advogados, onde atua nas áreas de Direito de Família e Sucessões. É especialista em Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e, atualmente, mestrando na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) com linha de pesquisa focada no Direito de Família.

2 O presente estudo limita-se à análise da possibilidade de uniões informais (entendidas estas como não formalizadas pelo casamento), paralelas a um casamento ou a uma união estável, já que não há possibilidade legal de celebração de dois casamentos simultâneos.

3 Uma das divergências que será abordada é justamente a possibilidade de constituição de uniões paralelas simultâneas ou de união estável por quem está impedido de casar.

4 Nova nomenclatura do antes denominado concubinato impuro.

5 O Direito de Família está subdividido em regras de direito pessoal, de direito protetivo e de direito patrimonial. A existência do concubinato, por si só e isoladamente, não gera (e tampouco impede a geração de) direitos no âmbito do direito pessoal e do direito protetivo de família. Por exemplo: os efeitos jurídicos decorrentes da filiação sempre existirão, seja ela decorrente de uma relação eventual, de um casamento ou de um concubinato. Não é a existência do concubinato que gera tais efeitos, mas, sim, uma garantia constitucional. Nesse sentido: "Talvez nem fosse necessário registrar que, se nascerem filhos de pessoas que estão em relação concubinária, não se discute: todos os direitos, de qualquer natureza, são reconhecidos e conferidos a esses filhos, até por ser uma garantia constitucional" (VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204).

O estudo desse tema é de extrema relevância, seja em face da evolução histórica das relações familiares até a sua integração com a pós-modernidade[6] (cujas características são bem delineadas por Erik Jayme[7]), seja pela presença cada vez mais reincidente de tais espécies de relações em nossa realidade social, seja, ainda, e principalmente, pela extrema dificuldade de se alcançar uma solução jurídica ideal para o problema[8] diante dos parâmetros da sociedade atual[9], o que exige aprofundado e permanente estudo da matéria pelos operadores do direito[10].

Historicamente, a família – célula básica e fundamental da sociedade – sempre evoluiu e se moldou ao contexto social em que esteve inserida. Especialmente no Brasil, o conceito de família sofreu substancial modificação nas últimas décadas, acom-

6 "Não se criou, certamente, um modelo de família novo que tenha sido forçadamente imposto aos atores sociais brasileiros, como camisa de força obrigatória, no sentido de mudar costumes e tratos. Ao contrário: foi a própria família que mudou, que alterou sua modelagem, sua constituição, que se adequou ao *modus* de uma época, que se aperfeiçoou com a integração ao novo século ou à pós-modernidade, como se tem preferido dizer. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 454).

7 Pluralismo, comunicação, narração e retorno dos sentimentos (JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. Tradução de Lisiane Feiten Wingert, revisão de Cláudia Lima Marques. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, mar. 2003. 2. ed., 3. Tiragem, dez. 2004, p. 59-68).

8 "Reconhece-se que o concubinato é questão sensível e difícil, ante os valores monogâmicos majoritários da sociedade brasileira, o que torna sempre controvertida qualquer solução jurídica" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 188).

9 "A matéria é recheada de conturbações sendo, muitas vezes, motivo até de reações perplexas. Tudo isso porque a discussão remonta a um dos parâmetros sociais de maior carga dogmática, qual seja o ideal da monogamia" (ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil*: Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81).

10 "Assim, verifica-se que famílias simultâneas é tema debatido no Direito de Família contemporâneo, ainda que algumas decisões desconsiderem seu reconhecimento. Mesmo para aqueles que, preenchidos os requisitos, advogam em favor desta nova entidade familiar, evidencia-se a necessidade de seu melhor desenvolvimento, em razão da especificidade e complexidade das questões envolvidas" (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e recomposta. In: HIRONAKA, *op. cit.*, p. 397).

panhando os fenômenos e anseios sociais. De uma família patriarcal, constituída exclusivamente pela formalidade do casamento, e que tinha como objetivos fundamentais a procriação e o desenvolvimento econômico, passou-se a uma família marcada pela multiplicidade de formas, constituída por laços de afetividade e com a finalidade precípua de realização de seus entes, os quais assumem novos papéis de destaque no núcleo familiar[11].

Diante de tal evolução – sacramentada pela Constituição Federal de 1988 –, algumas relações informais existentes desde os primórdios da civilização, mas que até então eram vistas com repúdio e inferioridade pela sociedade, passaram a ser reconhecidas e tuteladas pelo Estado. Nesse contexto, uniões duradouras, públicas e contínuas entre homem e mulher desimpedidos de casar, com objetivo de constituir família, passaram a ser reconhecidas pelo ordenamento jurídico como verdadeiras entidades familiares geradoras de efeitos no âmbito do Direito de Família e das Sucessões. Tais uniões, antes chamadas pela doutrina e pela jurisprudência de concubinato puro, foram denominadas pela Constituição Federal e pelo Código Civil de 2002 de união estável.

No entanto, uniões paralelas ao casamento (ou a uma união estável), chamadas pela doutrina e pela jurisprudência de concubinato impuro ou adulterino, e atualmente denominadas simplesmente de concubinato, jamais receberam tratamento legal que lhes tenha atribuído efeitos, cuidando o legislador civilista apenas de diferenciá-las das uniões estáveis.

Nem mesmo as diversas inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 na esfera do Direito de Família e das Sucessões foram suficientes para conferir mínimo tratamento legal às relações paralelas, permanecendo, nesse tocante, uma grande lacuna na legislação brasileira.

---

11 "Porém – e isso sim é certo e merece ser sempre reapresentado e demonstrado, especialmente como tema de nossas constantes e cuidadosas reflexões –, vivemos hoje uma nova configuração familiar, reorganizada em modos e meios diferentes de constituição, reapresentada sob distintos matizes e modelos, revisitada pelo papel desempenhado por cada um de seus membros, reformada quando ao destino que cada um passa a ter dentro do núcleo, exatamente por conta dos novos papéis, tudo isso seguramente importando numa nova dimensão do fenômeno das famílias que não pode ser ignorado, uma vez que ela se oferta sem pudor aos olhos de todos os brasileiros e se impõe como novo retrato, ampliado e colorido, da sociedade em que vivemos" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 453).

Tal histórica omissão legislativa não impediu, todavia, que, em um contexto social marcado pela pluralidade de formas nas relações afetivas[12], em que relações sólidas e duradouras dão cada vez mais espaço a relações frágeis alicerçadas em um "amor líquido"[13], a existência de relações informais paralelas a um casamento ou a uma união estável se tornasse um fato social cada vez mais reincidente.

Como não poderia ser diferente, em um cenário caracterizado pela evolução e pelo alargamento do conceito de entidade familiar, pelos princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família e das Sucessões, pelos princípios e costumes ainda enraizados na sociedade brasileira, e pelas lacunas deixadas pelo legislador, é cada vez mais amplo e divergente o debate existente quanto à caracterização de tais espécies de relações como verdadeiras entidades familiares geradoras de efeitos jurídicos patrimoniais no âmbito do Direito de Família e das Sucessões.

Para alguns, é possível que tais relações paralelas constituam uma união estável com todas as características e efeitos dela decorrentes. Para outros, no entanto, tais relações paralelas ao casamento ou a uma união estável devem ser tratadas como concubinato, não geradoras, portanto, de efeitos patrimoniais no âmbito do Direito de Família e das Sucessões.

É em relação a essas divergências, especialmente no âmbito do Direito Sucessório, com seus novos regra-

12 "Com a evolução dos costumes, cujo marco normativo encontra seu maior registro na Constituição da República de 1988, a família deixou sua forma singular e passou a ser plural, isto é, existem várias formas e maneiras de se constituir família" (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21).

13 Termo utilizado pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman. Em entrevista disponível em: <http://macroscopio.blogspot.com.br/2007/07/uma-entrevista-interessante-zygmunt.html>, assim argumenta o autor: "As relações amorosas estão hoje entre os dilemas mais penosos com que precisamos nos confrontar e solucionar. Nestes tempos líquidos, precisamos da ajuda de um companheiro leal, 'até que a morte nos separe', mais do que em qualquer outra época. Mas qualquer coisa 'até a morte' nos desanima e assusta: não se pode permitir que coisas ou pessoas sejam impedimentos ou nos obriguem a diminuir o ritmo de vida. Compromissos de tempo indeterminado ameaçam frustrar e atrapalhar as mudanças que um futuro desconhecido e imprevisível pode exigir. Mas, sem esse compromisso e a disposição para o autossacrifício em prol do parceiro, não se pode pensar no amor verdadeiro. De facto, é uma contradição sem solução. A esperança ainda que falsa é que a quantidade poderia compensar a qualidade: se cada relacionamento é frágil, então vamos ter tantos relacionamentos quanto forem possíveis.".

mentos e nuances, que está centrado o objeto do presente trabalho, o qual tem como escopo demonstrar as posições doutrinárias e os atuais entendimentos da jurisprudência gaúcha e dos Tribunais Superiores acerca do tema.

Inicialmente, será demonstrada a evolução histórica do companheirismo e do conceito de entidade familiar, ambos diretamente relacionados. Em seguida, far-se-á uma abordagem das transformações do Direito Sucessório e de suas atuais perspectivas. Posteriormente, será examinado o tratamento que é dado atualmente às uniões paralelas pela doutrina e pela jurisprudência. Por fim, serão analisados os efeitos jurídicos das uniões informais paralelas no Direito Sucessório.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DO DIREITO SUCESSÓRIO

As uniões livres e informais (sejam elas ou não paralelas a um casamento ou a uma união estável) constituem-se forma de relação social que sempre esteve presente na história da humanidade. Tais relações, todavia, foram por muito tempo encobertas pela sociedade e esquecidas pelo Direito, tendo, nos últimos anos, sob as novas perspectivas do Direito de Família, ganhado valorização e relevância no mundo jurídico[14]. Nesse sentido, a fim de se compreender adequadamente quais os efeitos que devem ser atribuídos a tais relações no âmbito do Direito de Família, e, em especial, do Direito Sucessório, é preciso, primeiramente, conhecer a evolução das relações familiares e as inovações legislativas, até se chegar à atual realidade social e jurídica que estamos vivenciando.

2.1 Transformações nas relações familiares e as uniões informais

Já antes da consolidação da Babilônia, o costume entre os que margeavam o rio Eufrates era que, ao se receber visitas, ofertava-se hospedagem, comida e as próprias mulheres[15]. Na Babilônia, havia a crença de que as várias modalidades de apetites sexuais estimulavam o espírito artístico, o aumento da prole, a produção, o cultivo e a inteligência.

14 "Afastando-se dos laços formais, são valorizadas as relações de mútua ajuda e afeto, com índices cada vez maiores de uniões não matrimonializadas" (FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1).

15 GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de família contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 108.

Na Grécia Antiga, o concubinato era admitido no sistema poligâmico, e, posteriormente, com a instituição da monogamia por Licurgo e Sólon, as concubinas tornaram-se uma classe à parte.

No Direito Romano, o concubinato representava uma das quatro[16] formas de união entre pessoas de sexo diferente, sendo, todavia, embora comum e frequente[17], tratado com inferioridade em relação ao casamento (não havia a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*). Embora não fosse proibido e nem atentatório à moral[18], não era reconhecido como instituto jurídico, ficando restrito a um fato social. Sua primeira regulamentação – ainda que indireta – ocorreu com a ascensão do imperador Otávio Augusto, que, diante de um cenário de confrontos internos e de degradação dos valores morais e das tradições de conduta e comportamento dos cidadãos romanos, tentou resgatar o valor da família patriarcal e da ordem moral. O processo de regulamentação prosseguiu com Constantino até alcançar a categoria de instituto jurídico com Justiniano.

A Igreja Católica dos primeiros tempos foi tolerante com o concubinato, tendo o Direito Canônico inclusive lhe conferido alguns efeitos limitados, sem, entretanto, institucionalizá-lo. Consta que Santo Agostinho admitiu o batismo da concubina, desde que esta se obrigasse a não deixar o companheiro. Santo Hipólito, por sua vez, negava matrimônio a quem o solicitasse para abandonar a concubina, salvo se por ela fosse traído. E o primeiro Concílio de Toledo – 400 – autorizou o concubinato de caráter perpétuo[19].

Entretanto, diante da degeneração de uniões desabonadoras – que teria chegado aos conventos e passado a ser praticada pelos próprios reis cristãos –, a Igreja mudou de posição, passando, por longo período, a repudiar o concubinato.

Ainda assim, tolerou-o até 1563, quando o Concílio de Trento expres-

16 As outras três eram *justae nuptiae*, o *sine connubio* e o *contuberinum* (*Ibidem*. p. 108).

17 "Em Roma, não era diferente. No início do império, o concubinato era comum e frequente, inclusive entre homens de grande moralidade, mas não produzia quaisquer efeitos jurídicos" (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33).

18 CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável*: a inconstitucionalidade de sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 80.

19 FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Concubinato e união estável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/545>. Acesso em: 3 ago. 2012.

samente o proibiu, tornando obrigatória a celebração pública e formal do matrimônio e impondo a excomunhão aos concubinos que não se separassem após a terceira advertência. Tal postura, que reforçava a noção do casamento como um dos sete sacramentos, espelhava a reação contra a Reforma Protestante que então ameaçava o poder da Igreja.

Nesse contexto, as Ordenações Filipinas determinaram o cumprimento dos regramentos instituídos pelo Concílio de Trento, exigindo prova do matrimônio mediante certidão paroquial.

No Brasil, as Ordenações Filipinas (século XVI) inicialmente até reconheciam no concubinato puro (entre pessoas desimpedidas) uma forma de casamento de fato que se configurava na circunstância de um homem e uma mulher viverem juntos, o que dava direito à meação dos bens adquiridos na constância da relação. Nada mais era do que a atual união estável.

Ao lado dessa modalidade informal de casamento, as Ordenações atribuíam validade ao casamento religioso e ao contrato particular assinado por duas testemunhas. O casamento civil ainda não era reconhecido.

No entanto, a estreita ligação das Ordenações Filipinas com o repressor Concílio de Trento – reconhecidamente as principais fontes originárias do Direito de Família brasileiro – acabou levando à promulgação do Decreto n. 181/1890, instituidor do casamento civil, o qual deixou de reconhecer efeitos jurídicos às relações informais de afeto, ao casamento religioso e ao casamento por contrato particular.

A Constituição Federal de 1891 também reconheceu efeitos apenas ao casamento civil, princípio este mantido nos textos constitucionais seguintes (de 1937, 1946, 1967 e 1969).

O Código de 1916, igualmente, ignorou as uniões de fato entre pessoas desimpedidas, cuidando exclusivamente de cercar de sanções o concubinato adulterino, no objetivo de resguardar o patrimônio da família regularmente constituída pelo casamento. Por influência da Igreja Católica e do Direito Napoleônico – que preconizava o modelo de família hierarquizada e matrimonializada, calcada na procriação, na formação de mão de obra e na obtenção e transmissão de patrimônio –, o legislador brasileiro via o casamento como a única maneira de formação de uma entidade familiar, negando-se reconhecimento e direitos às uniões livres.

Assim, por muito tempo existiu, no Brasil, uma única espécie de família, com características claras e bem definidas: patriarcal, monogâmica, formada pelo casamento e com a finalidade de procriação, visando à transferência do patrimônio. Todas as demais relações não formalizadas pelo casamento não tinham qualquer proteção legal e eram veementemente repudiadas.

Todavia, com as transformações e os fenômenos sociais que intensificaram no Brasil a partir da metade do século, já não era mais possível à sociedade ignorar as relações afetivas constituídas sem a formalidade do casamento, as quais começaram a se exteriorizar gradativamente. A infelicidade e a inexistência de afeto nas relações familiares não eram mais aceitas passivamente, e as separações e os divórcios tornavam-se fatos sociais aos quais não se permitia mais fechar os olhos. Tudo isso veio a culminar, no ano de 1977, com o advento da Lei do Divórcio.

Da mesma forma, a partir da metade do século XX, os aplicadores do direito, paulatinamente, foram vencendo barreiras e resistências. Assim, a doutrina e a jurisprudência passaram a lapidar gradualmente o conceito atual de união estável e de concubinato, conferido reconhecimento e direitos às uniões informais e estabelecendo distinção entre os dois institutos. Concubina passou a ser considerada exclusivamente aquela mulher que se relacionava com homem casado, na constância do matrimônio, ao passo que companheira era a que mantinha relacionamento com homem desimpedido ou, ao menos, separado de fato.

Diante da possibilidade de se aplicar às relações fáticas as regras relativas à família, visto que, de acordo com o ordenamento jurídico, somente o casamento é que permitia a formação dessa entidade, os tribunais brasileiros passaram a afirmar que duas pessoas vivendo juntas durante certo tempo, com colaboração recíproca na aquisição do patrimônio, formariam uma sociedade de fato, figura que, com o uso da analogia, foi trazida do Direito das Obrigações para regrar essas situações, visando, em última análise, a vedar o enriquecimento ilícito.

A solidificação dessa construção pretoriana acabou por resultar, no ano de 1963, na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, na qual foi assentado que "comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". A redação desse enunciado mostra que o que se reconhecia como hábil para dar direito à partilha dos bens comuns não era apenas o concubinato em si (resultante da convivência mais ou menos duradoura entre homem e mulher), mas, sim, a sociedade de fato, evidenciada pelo esforço comum que se agregava a essa convivência.

Mais proximamente à Constituição Federal de 1988, alguns julgados mais precursores já vinham admitindo a contribuição indireta – a mesma que antes só ensejava indenização por serviços prestados – como suficiente para dar direito à partilha dos bens adquiridos, o que já constituía um prenúncio da admissão das uniões livres como entidades familiares.

Assim, aos poucos as uniões informais deixaram de ser apenas fatos sociais para se transformarem também em fatos jurídicos.

Todavia, o grande marco de todas essas transformações foi, sem dúvida alguma, o advento da Constituição Federal de 1988[20]. A partir de sua promulgação, os princípios da solidariedade, da afetividade, da igualdade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana passaram a nortear o Direito de Família, sendo este último eleito pelo legislador constituinte o princípio maior do Estado Democrático de Direito.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio supremo culmina com o fenômeno denominado despatrimonialização do direito privado, no qual o patrimônio cede lugar de prioridade à pessoa humana. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro representou a supressão de concepções ultrapassadas, individualistas, tradicionais e elitistas que vigoravam até então.

Coadunando-se com esses novos valores constitucionais inspiradores da sociedade, a entidade familiar passou a ser compreendida sob uma nova ótica. Traçou-se um novo eixo fundamental da família, não apenas consentâneo com a pós-modernidade[21], mas também afinado com as diretrizes e opções da Carta Constitucional brasileira[22].

À luz do texto constitucional, a família passou a ser entendida como

---

20 "[...] a Constituição Federal de 1988 é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores conquistas no Direito de Família, porque demonstra, além da importância do contexto familiar para o constituinte, a evolução por que passou" (OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 223).

21 "A construção do conceito pós-moderno de família representa o conteúdo dos novos paradigmas do Direito de Família, que tem sofrido uma revolução em sua compreensão e sua dinâmica a partir da década de 60. Identifica-se na família a influenciada ocorrência do revival dos direitos fundamentais, que se concretiza no princípio da dignidade da pessoa humana, sinalizando novos tempos, desenvolvendo-se como conceito jurídico, passando a orientar as constituições dos países ocidentais, a começar pela Alemanha, sede do nazismo. O Brasil logo acompanhou a tendência pós-moderna, ao acolher o axioma do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 198,8." (BARBOSA, Águida Arruda. Conceito Pós-moderno de Família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 24).

22 CAHALI, Francisco José (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22.

grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade[23]. E, sendo os laços de afetividade a causa originária e final do núcleo familiar, tornou-se o propósito da família servir de impulsão para a afirmação da dignidade da pessoa de seus componentes.

Inserida nesse novo contexto, a união estável passou a ser reconhecida como uma espécie de entidade familiar, sendo merecedora da tutela estatal. Tal importou, consequentemente, o reconhecimento da família não derivada de casamento civil ou casamento religioso com efeitos civis, e sim formada pela relação extramatrimonial estável entre um homem e uma mulher.

Entretanto, o legislador constitucional não definiu o instituto, cabendo tal tarefa ao legislador ordinário. Como a legislação tardou a chegar, novamente a jurisprudência desempenhou papel relevante para a solução dos conflitos.

Somente em 1994, com a promulgação da Lei n. 8.971, é que a matéria começou a tomar os contornos tal qual é conhecida atualmente. A primeira inovação da mencionada lei foi estabelecer o procedimento ao direito de alimentos e sucessão. Com isso, a união extramatrimonial chamada pela Constituição Federal de 1988 como união estável passou definitivamente a surtir efeitos como família, equiparando-se, em alguns aspectos, ao casamento.

Posteriormente, a Lei n. 9.278/96, modificando parcialmente a Lei n. 8.971, de 1994, definiu conceitualmente união estável e estabeleceu um regime de bens básico para essas uniões e, nesse texto, o legislador optou por um regime semelhante ao da comunhão parcial de bens, em que os companheiros criam um patrimônio comum, presumindo-se a colaboração de ambos no decorrer da união.

Finalmente, o Código Civil de 2002 veio a definir e a regular diversas questões envolvendo união estável, tanto no âmbito do Direito de Família como na esfera do Direito das Sucessões.

Todavia, em relação às uniões informais estabelecidas por quem está impedido de casar[24] (constituindo-

23 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 13.

24 Art. 1.521. Não podem casar:
I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
II - os afins em linha reta;
III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

se um desses impedimentos o fato de a pessoa estar casada), o Código Civil limitou-se a defini-las como concubinato[25], sem a atribuição de qualquer direito patrimonial, nem no Direito de Família, nem no Direito Sucessório, estabelecendo expressamente que tais impedimentos impossibilitam também a constituição de união estável, com a exceção da hipótese de a pessoa casada já estar separada de fato[26]. Ou seja, de acordo com o diploma civilista atual, não pode casar quem está casado, e não pode constituir união estável quem está casado e não separado de fato. Além disso, para a constituição de uma união estável, sacramentou como premissa o objetivo de constituir família e o dever de lealdade, assim como consagrou o dever de fidelidade do cônjuge.

É certo, no entanto, que a realidade social – à qual não se pode fechar os

---

V - o adotado com o filho do adotante;
VI - as pessoas casadas;
VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.
[…]
Art. 1.523. Não devem casar:
I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;
IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.
Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

25 Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

26 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

olhos – nos apresenta uma enorme quantidade de uniões informais paralelas ao casamento ou simultâneas a uma união estável, o que, em uma sociedade pós-moderna marcada por relações frágeis e fragmentadas, tende a aumentar. E, mesmo com a toda evolução histórica e os inegáveis avanços trazidos pela novel legislação civilista brasileira no âmbito do Direito de Família e das Sucessões, inexiste solução jurídica consolidada para os casos de ruptura de tais relações, transformando-se o tema em permanente fonte de indagações e controvérsias.

2.3 EVOLUÇÃO E NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Assim como o Direito de Família (onde está alicerçada sua base), o Direito das Sucessões[27] vem sofrendo diversas modificações ao longo de sua história.

Tendo como sua principal finalidade a conservação e o melhoramento da existência, a transmissão do patrimônio para os sucessores remonta à antiguidade, registrando os historiadores seus primeiros indicativos nos direitos egípcio, hindu e babilônico[28]. Na Grécia e na Itália – cujas populações, desde os tempos mais remotos, sempre reconheceram e praticaram a propriedade privada –, a sucessão justificava-se por considerações religiosas[29], constituindo o culto religioso dos antepassados o centro da vida religiosa[30]. Em Roma, o *pater famílias* (que era o titular do patrimônio), antes de sua morte, escolhia, por testamento, quem passaria a ser o chefe do grupo familiar, ou seja, o sucessor de seu poder soberano e de seus bens, acreditando-se que a morte de alguém sem sucessor ensejava a extinção do culto doméstico, trazendo infelicidade aos mortos[31]. Assim, o homem morria, mas o culto continuava, sendo os herdeiros homens os sacerdotes desse culto.

---

27 "O Direito das Sucessões é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a transmissão do patrimônio (ativo e passivo) de uma pessoa que morreu a seus sucessores" (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito das Sucessões*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Direito Civil Aplicado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 22).

28 NORONHA, Carlos Silveira (Org.). *As Novas Perspectivas do Direito das Sucessões em tempos de modernidade e pós-modernidade*. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 9.

29 LEITE, *op. cit.*, p. 23.

30 NORONHA, Carlos Silveira (Org.). *As Novas Perspectivas do Direito das Sucessões em tempos de modernidade e pós-modernidade*. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 11.

31 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

Inicialmente, a única forma de sucessão era pela via testamentária, e só depois, já no final da fase imperial romana, com Justiniano, implantou-se a sucessão legítima[32].

É certo que, em todas as sociedades organizadas em bases capitalistas, verifica-se que o direito sucessório surge com o reconhecimento natural da propriedade privada[33].

Para muitos, a "pedra de toque" do direito sucessório foi o chamado princípio da *saisine*[34], que teve seus traços iniciais proclamados pela doutrina germânica e passou a ser efetivamente adotado, em 1804, pelo direito francês[35]. Por meio de tal princípio, os herdeiros investem-se na posse e na propriedade dos bens do falecido imediatamente após a morte deste. O sistema jurídico brasileiro adotou tal princípio, o qual foi expressamente previsto no art. 1.572 do Código Civil de 1916 e reeditado no art. 1.784 do Código Civil de 2002.

Embora toda a legislação brasileira acerca do Direito das Sucessões, desde o seu princípio, tenha sido implementada sob uma realidade social fundada no direito patrimonial, as constantes mudanças nas relações familiares ao longo dos anos vêm exigindo alterações legislativas e novas interpretações das normas por parte da doutrina e da jurisprudência. Diante de uma família remodelada, caracterizada por uma realidade complexa e plural, velhos e ultrapassados preceitos não podem permanecer inertes no âmbito sucessório.

Vale lembrar que, no Código de 1916, assim como ocorrera com o Direito de Família, também as regras atinentes ao Direito Sucessório foram elaboradas para regular uma sociedade cuja realidade já está ultrapassada nos dias de hoje. Assim, inúmeras regras tornaram-se retrógradas e descontextualizadas dos fatos sociais e dos novos princípios que passaram a reger o sistema jurídico brasileiro – especialmente após o advento da Constituição de 1988. Cita-se, como exemplo, a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos no recebimento da herança[36] e a inexistência de qual-

32 NORONHA, *op. cit.*, p. 12.

33 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A., 1964, v. I, p. 21, *apud* DIAS, *op. cit.*, p. 25.

34 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

35 NORONHA, Carlos Silveira (Org.). *As Novas Perspectivas do Direito das Sucessões em tempos de modernidade e pós-modernidade*. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 12.

36 Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.
§ 1º Havendo filho legítimo, ou legitimado, só a metade do que a este couber em heran-

quer direito sucessório ao companheiro sobrevivente.

Nesse contexto, o Código Civil de 2002 trouxe uma série de inovações no âmbito do Direito Sucessório – foram mais de 30 novos dispositivos[37] –, ampliando a abordagem dos temas pertinentes ante as muitas e profundas mutações ocorridas[38]. Alterou completamente, por exemplo, a estrutura da ordem da vocação hereditária. Trouxe novas concepções para herança entre companheiros[39]. Introduziu o direito de concorrência sucessória e elevou o cônjuge à condição de herdeiro necessário[40]. Inovou, ainda, no que diz respeito à legitimação para suceder das pessoas já concebidas ou ainda não concebidas, à petição de herança, à colação e ao fideicomisso, dentre outras questões pontuais, como a simplificação do ato de testar[41].

O Direito Sucessório passou a ser disciplinado nos arts. 1.784 a 2.027, estando dividido em quatro títulos: (1) da sucessão em geral; (2) da sucessão

---

ça terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358).
§ 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.

37 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito das Sucessões*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Direito Civil Aplicado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 25.

38 "Em seu Livro V, da parte especial, a nossa vigente codificação civil cujo anteprojeto é de lavra do eminente professor Torquato Costa, da Universidade do Recife, aborda com propriedade e clareza os temas pertinentes ao direito das sucessões, no âmbito do qual vem ocorrendo, no andar dos tempos, muitas e profundas mutações, como se constata no Âmbito da doutrina e da própria lei." [...] "Dessarte, as mudanças que se encontram abrigadas na ordem sucessória, mais que puras e simples inovações 'per se' desse ramo da civilística moderna e pós-moderna, constituem reflexos de situações fáticas ocorrentes no complexo social e de compartimentos da própria ordem jurídica, aliás, como já alhures nos manifestamos em passado recente, e que também ocorre diante da necessidade de proteger a família e o patrimônio que a ela deve permanecer unido, na expressão de Maseau" (NORONHA, Carlos Silveira (Org.). *As Novas Perspectivas do Direito das Sucessões em tempos de modernidade e pós-modernidade*. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 13).

39 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139 *et seq*.

40 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 8.

41 "Houve também sensível simplificação do ato de testar, uma vez que o testamento particular passa a poder ser escrito de próprio punho ou digitado, bastando três testemunhas, ou mesmo sem testemunha alguma, devendo, nesse caso, ser posteriormente confirmado por um juiz." (FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XXXI).

legítima; (3) da sucessão testamentária; (4) do inventário e da partilha.

Mas nem mesmo as diversas inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 foram suficientes para que a legislação civil brasileira ficasse atualizada com essa nova realidade social e com a revolução produzida pelo avanço tecnológico e a facilidade de comunicação[42] (uma das características da sociedade pós-moderna). Apesar dos inegáveis avanços trazidos em matéria de Direito Sucessório[43], o referido diploma vem sendo muito criticado nessa matéria, questionando-se os fatos de ter repetido alguns conceitos ultrapassados[44], de ter conferido tratamento diferenciado ao cônjuge e ao companheiro[45] (criticando-se, em especial, os dispositivos que regulam

42 "Principalmente em sede de direito sucessório, o Código Civil esqueceu de acompanhar a fantástica revolução produzida pelo avanço tecnológico e as inúmeras facilidades trazidas ao mundo da comunicação. O máximo que fez foi permitir a elaboração do testamento por processo mecânico. Nada sobre a possibilidade de ser gravado em vídeo, certamente forma mais segura de garantir a liberdade do testador e assegurar o fiel cumprimento de suas determinações. Mas ainda há necessidade de 'cerrar e coser' o testamento. É isso mesmo, o tabelião costura o testamento, o lacar com cera e apõe o seu sinete!" (DIAS, *op. cit.*, p. 8).

43 "O Código Civil de 2002, no entanto, trouxe algumas inovações de grande importância, especialmente no que se refere à sucessão hereditária, incluindo-se o cônjuge na qualidade de herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes e ascendentes, e disciplinando a sucessão na união estável; introduziu regras a respeito da petição de herança, à sucessão de direitos à sucessão hereditária; possibilitou mais concretamente a sucessão de filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas e vivas quando da abertura da sucessão, e a sucessão de pessoas jurídicas. Modificou a redação de grande parte dos dispositivos que vinha do Código de 1916, melhorando, atualizando e simplificando os textos, embora mantendo a substância dos conteúdos" (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*: Lei n. 10.406, de 10.01.2022. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Prólogo).

44 "Não só de falta de imaginação se ressente o livro do direito das sucessões. Perdeu o legislador uma bela oportunidade de atualizar a maioria dos seus institutos." [...] " De restou copiou – e mal – o Código anterior, que era do início do século passado. Servia para regular a sociedade daquela época, mas que não mais se encaixa no modelo social dos dias de hoje". "Na medida em que a sociedade vai evoluindo, a lei precisa acompanhar as mudanças. Infelizmente não foi o que ocorreu com o Código Civil atual, que, em sede de direito sucessório, praticamente copiou o Código anterior. O legislador não teve sequer o cuidado de atualizar sua linguagem. Assim, continua a falar em caducidade quando trata da eficácia das disposições testamentárias" (DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 8 e 29).

45 VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

os direitos sucessórios deste último[46]), e de ter se furtado de conferir tratamento jurídico a algumas espécies de relações cuja existência não se pode negar[47].

Assim como ocorrera no Direito de Família, o Código Civil de 2002 não contemplou qualquer tratamento jurídico às relações paralelas no âmbito do Direito das Sucessões, limitando-se apenas a restringir os direitos oriundos de relações concubinárias.

Todavia, com o falecimento de um dos envolvidos nas relações paralelas, são inúmeras as indagações que surgem acerca dos efeitos patrimoniais delas decorrentes. Discutem-se, no âmbito do Direito Sucessório, questões de extrema relevância, tais como se deve ser considerada a meação do concubino do patrimônio do falecido eventual (o que interfere fundamentalmente na apuração do monte-mor partilhável); se o concubino tem direito à herança, e como se dá tal participação em relação aos filhos e ao cônjuge ou companheiro supérstite; se o concubino faz jus à pensão por morte, ao seguro de vida e ao direito real de habitação; e, ainda, se é possível ser flexibilizada a regra que impede o legado e a doação testamentária ao concubino.

De um lado, há impedimentos de ordem legal, moral e religiosa para a concessão de efeitos patrimoniais (que não estão previstos no ordenamento jurídico) no caso de falecimento de um dos integrantes da relação paralela. De outro, não se pode olvidar que, assim como no Direito de Família, um dos fundamentos do Direito Sucessório é o afeto, sendo impositivo invocar, também em matéria de sucessões, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana[48].

---

46 "No tema que me foi proposto para este Congresso – Direito Sucessório e Constituição: controvérsias e tendências –, estes cuidados para com a realização de tão grande poder não foram bem observados pelo legislador do Código Civil de 2002, infelizmente, o que tem trazido, nestes mais de cinco anos de vigência da Lei Civil, grande insegurança e, quiçá, impressões de injustiça nos julgados que por todo o país se repetem. Trazendo soluções diferentes para situações fáticas iguais. Refiro-me, aqui, expressamente – e num recorte de conteúdo que devo fazer dentro do grande tema –, a um dos mais aflitivos momentos legislativos do Código Civil brasileiro, qual seja, a (in)constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil brasileiro, dispositivo este que cuida do direito sucessório das pessoas que vivem em união estável" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Sucessório e Constituição: Controvérsias e Tendências. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 455).

47 Como, por exemplo, relações homoafetivas.

48 DIAS, *op. cit.*, p. 32.

3 UNIÕES PARALELAS E SEUS EFEITOS NO DIREITO DAS SUCESSÕES

O tema envolvendo as uniões paralelas ainda é objeto de amplo e acirrado debate jurídico, havendo distintos posicionamentos doutrinários e jurisprudências acerca de seu reconhecimento jurídico e, especialmente, dos efeitos patrimoniais que geram no Direito de Família e no Direito das Sucessões.

3.3 Uniões paralelas e a polêmica acerca de seu reconhecimento jurídico

Há pelo menos duas modalidades de uniões informais paralelas que possuem alguma relevância para o mundo jurídico (seja no Direito de Família e das Sucessões, seja em outros ramos do Direito, como o das Obrigações). A primeira é a união informal paralela a um casamento preexistente. A segunda é a união informal paralela ou simultânea a uma união estável.

Como visto, a legislação brasileira não atribui qualquer espécie de efeito patrimonial a essas modalidades de relações, nem no Direito de Família, nem no Direito das Sucessões, uma vez que todas as normas existentes acerca do concubinato no Código Civil – artigos 550[49], 1.642[50], 1.708[51], 1.272[52], 1.801[53] e 1.803[54] – são restritivas de direitos. Assim, diante do silêncio do legislador em atribuir ou

49 Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

50 Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:
[...]
V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos.

51 Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

52 Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

53 Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:
[...]
III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos.

54 Art. 1.803. É lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador.

negar expressamente efeitos patrimoniais ao concubinato, e da necessidade de análise pelo Judiciário de questões fáticas decorrentes dessa modalidade de relacionamento reincidente na sociedade (trata-se de uma realidade social), a doutrina e a jurisprudência (assim como esta última já o fizera em relação ao concubinato puro, antes do reconhecimento legal da união estável, citando-se, como exemplo, as Súmulas 35[55], 380[56], 382[57], 447[58], todas datadas do ano de 1964) vêm cuidando de enfrentar a problemática, ainda se encontrando na busca do melhor tratamento jurídico a ser conferido a tais relações.

Quanto ao enquadramento jurídico das relações paralelas e seus efeitos jurídicos na esfera patrimonial, há distintos critérios que são utilizados para definir as correntes doutrinárias e jurisprudências existentes. Utiliza-se, no presente trabalho, para uma melhor compreensão, classificação que aponta dois grandes posicionamentos acerca do tema, apontando-se, dentre eles, respectivas subdivisões. Entende-se, assim, que o posicionamento jurisprudencial, em especial, será retratado com maior fidedignidade[59].

O primeiro posicionamento entende, como regra, que as uniões paralelas não podem ser reconhecidas como entidade familiar equiparável à união estável (nesse sentido Zeno Veloso[60], Rolf Madaleno[61], Euclides de

55 Súmula 35: EM CASO DE ACIDENTE DO TRABALHO OU DE TRANSPORTE, A CONCUBINA TEM DIREITO DE SER INDENIZADA PELA MORTE DO AMÁSIO, SE ENTRE ELES NÃO HAVIA IMPEDIMENTO PARA O MATRIMÔNIO.

56 Súmula 380: COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE OS CONCUBINOS, É CABÍVEL A SUA DISSOLUÇÃO JUDICIAL, COM A PARTILHA DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM.

57 Súmula 382: A VIDA EM COMUM SOB O MESMO TETO, "MORE UXORIO", NÃO É INDISPENSÁVEL À CARACTERIZAÇÃO DO CONCUBINATO.

58 Súmula 447: É VÁLIDA A DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA EM FAVOR DE FILHO ADULTERINO DO TESTADOR COM SUA CONCUBINA.

59 Isso porque a maioria dos julgados entende que as uniões paralelas não podem constituir união estável. Muitas dessas decisões, todavia, não excluem a possibilidade de reconhecimento de união estável putativa, já que os casos em exame não exigiram tal análise.

60 "Fora desse caso [união estável putativa], que, sem dúvida, é excepcional, o concubinato não gera efeitos na órbita familiar e sucessória. O concubino não é herdeiro, considerando as regras da sucessão legítima, nem pode ser nomeado herdeiro nem legatário pelo outro concubino se este for casado e estiver convivendo com o cônjuge" (VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 207).

61 "A relação adulterina configura sem sombra de dúvida um fato social, capaz até de gerar resultados jurídicos no plano do Direito das Obrigações, mas jamais poderá

Oliveira[62], Renata Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior[63]), entendendo que devem ser tratadas como um instituto pertencente ao direito das obrigações, ou seja, fora do campo do Direito de Família. Isso porque não haveria como uma relação dessa natureza preencher os requisitos exigidos pelo legislador para a constituição de uma união estável – em especial o requisito da lealdade –, além de ferir o princípio da monogamia[64].

Nesse caso, a relação paralela configuraria mera sociedade de fato, devendo haver prova de contribuição efetiva e direta na constituição do patrimônio para que haja partilha de bens, exatamente como previsto na Súmula 380 do STF. Há casos, ainda, em que, diante da impossibilidade de comprovação de contribuição direta na formação do patrimônio, concede-se ao concubino indenização pelos serviços prestados (como menciona-

---

alcançar a categoria de fato jurídico do Direito de Família, no modelo puro de uma entidade familiar" (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.090).

62 "A definição dada ao concubinato parece evidenciar o intuito do legislador em extremar esse regime de convivência daquele outro, cuidado no artigo 1.723, que se aplica à união estável, com os correspondentes direitos exclusivos desta forma de relacionamento familiar. Dizendo melhor, a união dita concubinária não é subespécie de união estável. Constitui, isto sim, uma figura jurídica própria, com contorno diverso do que se acha prescrito na lei para a constituição de uma entidade familiar" (OLIVEIRA, Euclides. União Estável na Jurisprudência do STJ e do STF. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 218).

63 "Em suma, cumpridos os pressupostos familiares próprios – afetividade, estabilidade e ostentabilidade – a transparência do segundo núcleo convivencial formado serve para satisfazer a lealdade, porque permite ao membro do primeiro avaliar se elegeu, ou não, para si, a monogamia como parâmetro comportamental. Se elegeu, fatalmente desfará o vínculo familiar em face da ofensa. Mas se assim não fizer, isso talvez signifique que a exclusividade conjugal ou de companheirismo não os vincule. O Direito, nesse último caso, não pode negar reconhecimento e concessão de efeitos jurídicos a ambas as entidades familiares" (ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil*: Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

64 "APELAÇÃO CÍVEL. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO DO FALECIDO. Não se pode reconhecer união estável simultaneamente à hígida existência de casamento, se não restar cabalmente provada a alegada separação de fato. Só assim estará afastado o impedimento legal à constituição de união estável previsto no §1o do art. 1.723. Isso porque o Direito pátrio consagra o princípio da monogamia e não tolera a concomitância de entidades familiares. Igualmente, não há falar em união estável putativa, pois ausente a boa-fé da recorrente, que conhecia a situação conjugal do *de cujus*. NEGARAM

do por José Carlos Teixeira Giorgis[65]). Com efeito, os direitos concedidos aos concubinos nessas hipóteses o são para evitar uma situação de enriquecimento ilícito.

O enquadramento das relações paralelas como sociedades de fato é o posicionamento predominante no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[66] e já se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça, como destacado no seu mais recente julgado acerca da matéria, de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão[67]. Anteriormente a tal decisão, também já se pronunciaram sobre a matéria os ministros Fernando Gonçalves[68], Jorge Scartezinni[69], Luis Felipe Salomão[70], Massami Uyeda[71], Nancy Andrighi[72], Jorge Mussi[73], Laurita Vaz[74], Marco

---

PROVIMENTO, À UNANIMIDADE" (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível n. 70010479046, Sétima Câmara Cível, Relator Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 13/04/2005).

65 "Agora sem acesso aos alimentos ou patrimônio, salvante a relação putativa, é justo que os julgadores reexaminem, como no passado, a possibilidade de o concubino usufruir indenização pela vida em comum, porque não havido acervo durante a convivência ou prova da contribuição na sociedade de fato, é aceitável se cogitar de uma indenização por serviços domésticos, consoante a antiga elaboração jurisprudencial que precisa ressurgir [...] O valor da indenização, afastado por aviltante o cálculo com base no salário-mínimo por ano de convívio, deve considerar as condições econômicas dos envolvidos e a situação fática do caso concreto. Reitere-se, é a solução que mais se abebera do cálice sagrado do respeito à dignidade da pessoa humana" (GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de família contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 127-128).

66 Vide acórdãos de n. 70045787967, 70047104138, 70041309352, 70048240527, 70040703118, 70031056070, 70039843412, 70023332794, 70017086919, 70016434003 (Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves), 70045138054 (Des. Jorge Luís Dall'Agnol), 70044142065 (Des. Roberto Carvalho Fraga), 70047479183, 70048164511, 70048053490, 70047477062, 70046236667 (Des. Ricardo Moreira Lins Pastl), 70042009399, 70042574426, 70038714812, 70046652137 (Des. Luiz Felipe Brasil Santos), 70044949378 e 70036562569 (Des. Alzir Felippe Schmitz).

67 Vide REsp 1096539/RS, julgado em 27/03/2012.

68 Vide REsp 229.069/SP, julgado em 26/4/2005.

69 Vide REsp 684.407/RS, julgado em 03/05/2005.

70 Vide REsp 912.926/RS, julgado em 22/02/2011.

71 Vide REsp 1107192/PR, julgado em 20/04/2010.

72 Vide REsp 1157273/RN, julgado em 18/05/2010.

73 Vide AgRg no REsp 1267832/RS, julgado em 13/12/2011.

74 Vide RMS 30.414/PB, julgado em 17/04/2012.

Buzzi[75], Maria Thereza de Assis Moura[76], e dos Desembargadores convocados Vasco Della Gisutina[77] e Adilson Vieira Macabu[78].

Parte dos que defendem esse primeiro posicionamento entende que em hipótese alguma as uniões paralelas poderiam ser equiparadas a uma união estável, independentemente do fato de terem sido constituídas de boa-fé ou de má-fé. Assim, não poderia ser admitida nem mesmo a constituição de uma união estável putativa. Nesse sentido, cita-se julgado do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2006, de relatoria do ministro Carlos Alberto Menezes Direito, cujo voto[79] é esclarecedor quanto à posição adotada.

Grande parte dos que defendem o primeiro posicionamento, todavia, ressalva que, nos casos em que a união paralela é constituída de boa-fé, ou seja, em que um integrante da relação desconhece o impedimento do outro para casar ou constituir união estável, é possível que a relação paralela seja reconhecida como uma união estável putativa, gerando os mesmos efeitos de uma união estável propriamente dita[80]. Esse é o entendimento de Zeno

---

75 Vide AgRg no REsp 968.572/RN, julgado em 07/02/2012.

76 Vide REsp 1104316/RS, julgado em 28/04/2009.

77 Vide AgRg no Ag 1130816/MG, julgado em 19/08/2010.

78 Vide AgRg nos EDcl no REsp 1059029/RS, julgado em 15/02/2011.

79 Trecho do Voto do ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito: "O objetivo do reconhecimento da união estável e o reconhecimento de que essa união é entidade familiar, na minha concepção, não autoriza que se identifiquem várias uniões estáveis sob a capa de que haveria também uma união estável putativa. Seria, na verdade, reconhecer o impossível, ou seja, a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Isso levaria, necessariamente, à possibilidade absurda de se reconhecer entidades familiares múltiplas e concomitantes". [...] "Essa circunstância, na minha compreensão, tira qualquer possibilidade do emprego analógico da regra do casamento putativo, porque, enquanto neste existe o vínculo formal duplo, o que é possível, naquele só existe a convivência com aquela vocação de constituir família, havendo, portanto, um vínculo não formal. Ora, se o falecido José Neres de Souza não se desvinculou da convivência mantida com a recorrente, a união estável estava caracterizada aqui, sendo a apelada, então, um relacionamento amoroso que não se pode identificar com união estável, muito menos equipará-lo com o casamento putativo".

80 UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. *AFFECTIO MARITALIS*. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. DESCABIMENTO. [...] 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o *de cujus*, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do

Veloso[81], Rolf Madaleno[82], Álvaro Villaça[83], e Eduardo de Oliveira Leite[84] e Rodrigo da Cunha Pereira[85] (embora este último já venha cogitando a

relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível n. 70025094707, Sétima Câmara Cível, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/10/2008).

81 É possível ocorrer, entretanto, que uma pessoa se encontre envolvida numa relação de concubinato, objetivamente falando, mas esteja de boa-fé, não sabendo, por exemplo, que o parceiro é casado e convive também com o cônjuge. [...] Nessa hipótese, tudo o que se destina aos companheiros – inclusive direito hereditário – pode ser requerido pelo que ostenta a qualidade de companheiro putativo, aplicando-se o art. 1.790 do CC" (VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 207).

82 "Desconhecendo a deslealdade do parceiro casado, instaura-se uma nítida situação de união estável putativa, devendo ser reconhecidos os direitos do companheiro inocente, o qual ignorava o estado civil de seu parceiro afetivo, e tampouco a existência fática e jurídica do precedente matrimônio, fazendo jus, salvo contrário escrito, à meação dos bens amealhados onerosamente na constância da união estável putativa em nome do parceiro infiel, sem prejuízo de outras reivindicações jurídicas, como uma pensão alimentícia, se provar a dependência financeira do companheiro casado, e, se porventura o seu parceiro vier a falecer na constância da união estável putativa, poderá se habilitar à herança do *de cujus*, em relação aos bens comuns, se concorrer com filhos próprios ou a toda herança se concorrer com outros parentes" (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.094).

83 "[...] concubinato impuro ou concubinagem, não deve merecer apoio dos órgãos públicos e, mesmo, da sociedade. Entendemos, ainda, que deste não deve surtir efeito, a não ser o concubinato de boa-fé, como acontece, analogamente, com o casamento putativo, e para evitar-se locupletamento ilícito" (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 311).

84 "Assim como não é possível o casamento para pessoas já casadas, enquanto não dissolvido o vínculo conjugal, também não se admite, pelo rigor legislativo do princípio monogâmico, a constituição de família mediante união estável paralela, quando subsista impedimento matrimonial (art. 1.723,§ 1º, do CC). A conclusão se reforça com a norma do art. 1.723 do mesmo Código, definindo a situação do concubinato exatamente nas situações em que haja impedimentos. Caberia exceção apenas no caso de uma segunda união de boa-fé, putativa, como previsto para o casamento nulo ou anulável, a produzir efeitos até o dia da sentença anulatória (art. 1.561 do CC). Essa é uma hipótese rara, em vista do requisito da publicidade da união estável, que levaria ao conhecimento social da convivência paralela" (OLIVEIRA, Euclides. União Estável na Jurisprudência do STJ e do STF. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 222).

85 "Um dos princípios basilares da organização jurídica sobre a família é o da monogamia. Por isso, o ordenamento jurídico não prevê a constituição de duas uniões estáveis simultaneamente, assim como é impossível dois casamentos simultâneos. Situação diversa, entretanto, é aquela em que a pessoa que mantém duas relações, oculta

possibilidade de reconhecer amplos efeitos jurídicos ao concubinato[86]).

Merece registro a dificuldade de prova acerca da boa-fé ou má-fé do concubino. Aliás, trata-se de prova praticamente impossível (prova negativa) a de que não se sabia do casamento ou a união estável já constituída pelo outro integrante da relação. Quanto à complexidade dessa prova, Maria Berenice Dias assevera que "perquirir a boa ou a má-fé é tarefa complexa, além de haver o perigo de se cair no puro subjetivismo" [87].

Sem falar que tal questão enseja uma série de outras discussões. É possível que por muitos anos um dos integrantes da relação paralela não tenha conhecimento de que o parceiro é casado ou possui união estável, mas depois vem a descobrir, continuando com a relação. Nesse caso, estar-se-ia, ao mesmo tempo, diante de uma relação de boa-fé e de má-fé. Sem contar, ainda, a possibilidade de que todos os envolvidos na relação estejam de má-fé, inclusive a esposa ou companheira.

Já a segunda corrente sustenta que não há qualquer óbice para que as relações paralelas (sejam elas de má-fé ou de boa-fé) sejam reconhecidas como união estável. Estando ambas

---

essa realidade de seu parceiro(a). Se porventura subsistir a caracterização simultânea de duas ou mais uniões, socorre à parte que ignorava a situação o instituto da União Estável putativa, ou seja, aquele em que um dos partícipes desconhecia por completo a existência de outra união *more uxorio* – matrimonial ou extramatrimonial – do outro, devendo esta produzir os mesmos efeitos previstos, para uma união monogâmica" (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100).

86 "Mas se o fato de ferir este princípio significar fazer injustiça, devemos recorrer ao valor maior, que é o da prevalência da ética sobre a moral, para que possamos aproximar do ideal de justiça (ver Capítulo 3 – Moral e Ética – uma distinção necessária para aplicação dos princípios). Ademais, se considerarmos a interferência da subjetividade dos atos e fatos jurídicos, concluiremos que o imperativo ético passa a ser a consideração do sujeito na relação e não mais o objeto da relação. Isto significa colocar em prática o que disse antes, ou seja, que o Direito deve proteger a essência e não a forma, ainda que isto custe 'arranhar' o princípio jurídico da monogamia. Se o fim dos princípios jurídicos é ajudar a atingir um bem maior, ou seja, a justiça, este paradoxo do concubinato adulterino deve ser resolvido, então, em cada julgamento, e cada julgador aplicando outros princípios e a subjetividade que cada caso pode conter é quem deverá aplicar a justiça, dentro de seu poder de discricionariedade. Assim, estaremos preservando o princípio jurídico da monogamia, eixo gravitacional sob o qual todo o Direito de Família está estruturado" (*Idem*. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 145).

87 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

as relações fundadas no afeto, devem ser equiparadas, gerando os mesmos efeitos. Nesse sentido, o posicionamento de Maria Berenice Dias, para quem "presentes os requisitos legais, é mister que a justiça reconheça que tais vínculos afetivos configuram união estável, sob pena de dar uma resposta que afronta a ética, chancelando o enriquecimento injustificado"[88]. Para ela, "o companheirismo, seja classificado como de boa ou má-fé, deve ser considerado entidade familiar. [...] Negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade"[89]. Aliás, segundo a referida autora, é justamente a ausência de concessão de efeitos jurídicos a tais relações uma das causas de sua proliferação[90].

Também comungam desse entendimento Renata Barbosa de Almeida, Walsir Edson Rodrigues Júnior[91] e Anderson Schreiber[92], segundo os quais a monogamia não é um princí-

88 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 50.

89 *Ibidem*, p. 51.

90 "É de tal ordem a tentativa de condenar a mulher que, apesar de ser o homem que descumpre o preceito monogâmico, a lei sequer se preocupa em evitar o enriquecimento sem causa. Ao não atribuir consequência jurídica a estas estruturas – que ninguém duvida que existam –, obtém efeito inverso? Acaba incentivando uniões paralelas. Aliás, é por isso que não deixam de existir e em larga escala. A repulsa legal aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer; ao contrário. Estimula que se proliferem. Aquele que faz parte de uma célula precisa assumir obrigações, mas quem mantém família concomitantes acaba livre de quaisquer encargos (*Idem*. *Manual das Sucessões*. 2. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 89).

91 "Por essas principais razões, soa temerário interpretar o artigo 1.727 do Código Civil de 2002 como norma excludente e discriminatória. A situação nela indicada pode corresponder sim a uma entidade familiar, desde que se possam verificar, em concreto, os respectivos pressupostos. A própria redação normativa permite esse pensamento: ela não veda a qualidade familiar do que nomina de concubinato. E, não a vedando, também não impede seu reconhecimento. [...] Dados todos esses aspectos, conclui-se: suplantada a necessidade de que os companheiros possam se casar para então ser possível configurar união estável. Suplantada também a monogamia como princípio jurídico, pode-se entender que também é união estável a conjugalidade familiar simultânea ao matrimônio" (ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil*: Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 316).

92 "Tal atentado à Constituição revela-se ainda mais grave quando se observa que a simultaneidade familiar é fenômeno de frequência significativa na realidade brasileira, sendo certo que negar efeitos jurídicos a uma realidade tão evidente contra toda a evolução mais recente do direito de família, marcada pelo reconhecimento de juridicidade

pio jurídico. Ainda nesse sentido, Silvio Sálvio Venosa sustenta que os direitos atinentes à união estável podem ser aplicados ao concubinato[93].

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, podem ser encontrados julgados que entendem possível a constituição de união estável paralela a um casamento ou simultânea a uma união estável[94].

Da análise dos posicionamentos acima, depreende-se que o ponto decisivo para eleger uma ou outra solução jurídica como a mais apropriada a ser aplicada às relações paralelas passa, necessariamente, pela admissão ou não da monogamia como um princípio jurídico vigente.

Para aqueles que entendem que a monogamia não é um princípio, inexiste óbice para o reconhecimento das uniões paralelas como verdadeiras entidades familiares, devendo ser atribuídas a elas os mesmos efeitos decorrentes da união estável (desde que, é claro, presentes os demais requisitos caraterizadores de tal espécie de união).

Já para aqueles que consideram a monogamia um princípio, e que o mesmo ainda está vigente no sistema jurídico brasileiro, não há como considerar uma relação paralela entidade familiar, muito menos equiparável à união estável, sendo admitido, por alguns, a possibilidade de relativização de tal princípio apenas na hipótese de

---

a relações de convivência desenvolvidas na prática social. É o que se vê, com particular clareza, no exame das uniões estáveis, cuja disciplina em nada se opõe à sua ocorrência simultânea" (SCHREIBER, Anderson. Família Simultâneas e Redes Familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009, p. 241).

93 "O art. 1.727, já citado, define como concubinato as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Tal, por si só, não retira dessa modalidade de união todo o rol de direitos atribuídos à união estável, assim definida em lei. Não é essa a conclusão a que se há que chegar. Impõe-se verificar em cada caso, ainda que a situação seja de concubinato na concepção legal, quais os direitos de união estável que podem ser atribuídos aos concubinos [...]" (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de família*. In: _____. Direito civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 6, p. 51).

94 De relatoria dos atuais Desembargadores Rui Portanova (vide acórdãos n.. 70022775605, 70024804015, 70009786419, 70011258605, 70006936900, 70027512763) e Alzir Felippe Schmitz (acórdão n. 70024428104). Além de julgados dos ex-Desembargadores Maria Berenice Dias (vide acórdãos n. 70010787398) e Alfredo Guilherme Englert (vide acórdão n. 70011258605), José Ataídes Siqueira Trindade (vide acórdão n. 70012696068).

desconhecimento de que o mesmo estava sendo ferido (boa-fé).

3.2 Efeitos jurídicos no direito sucessório

Em que pese, como já demonstrado, o Código Civil de 2002 não prever qualquer direito decorrente do falecimento de um dos integrantes de uma relação paralela ao outro integrante, diversas são as questões que surgem diante de tal situação. E tais questionamentos vêm sendo submetidos ao Judiciário com uma frequência cada vez maior (o que se atribui não só às novas concepções do Direito de Família e das Sucessões, mas também ao aumento da ocorrência de tais relações, uma das consequências da fragilidade das relações e da fragmentação dos sentimentos característicos da pós-modernidade).

Sem o objetivo de esgotar as postulações judiciais que podem ser originadas com a morte de um dos integrantes de uma relação paralela, passa-se a analisar as principais questões que vêm sendo submetidas à apreciação do Judiciário.

A primeira discussão que se abre acerca das relações paralelas no âmbito do Direito Sucessório envolve a possibilidade de participação do integrante sobrevivente da relação na herança deixada pelo falecido.

Seguindo a posição adotada pelo Código Civil de 2002, e o entendimento predominante de que a relação paralela não constitui união estável, mas, sim, sociedade de fato, exigindo prova da contribuição direta para que haja partilha de bens, o posicionamento majoritário da jurisprudência é no sentido de que o participante sobrevivente da relação não participa da herança, salvo se comprovar contribuição direita na constituição do patrimônio[95].

Em contrapartida, há um posicionamento minoritário no sentido de

95 "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO *POST MORTEM*. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, PREQUESTIONAMENTO E SIMILITUDE FÁTICA. REGRAS LOCAIS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO ALÉM DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DE EVENTUAL PATRIMÔNIO A SER PARTILHADO. REQUISITO PARA FINS DE RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO. 1. Consiste a lide em definir se a comprovação do esforço comum na aquisição de eventual patrimônio a ser partilhado – ainda que a partilha seja postulada em lide diversa – constitui requisito para fins de reconhecimento de sociedade de fato. 2. Descabe ao STJ imiscuir-se na interpretação de lei local que se exaure na esfera de competência do Tribunal estadual a que está vinculada. [...] 6. A realidade vívida e visceral de uma socie-

que os concubinos têm os mesmos direitos sucessórios atribuídos aos companheiros na união estável, pois devem ser reconhecidos os mesmos direitos desta às uniões paralelas. Nesse sentido, sustenta Maria Berenice Dias[96] que, na hipótese de manter o varão duas uniões estáveis concomitantes, o acervo sucessório deve ser partilhado entre os companheiros sobreviventes. E, no caso de união estável paralela ao casamento, deve-se primeiro se afastar a meação da viúva (dependendo do regime de bens); após, excluir-se a legítima dos herdeiros e, por fim, a parte disponível dos bens adquiridos durante o período da união ser divida com a companheira, sendo dispensada a prova do esforço comum na constituição do patrimônio. Além disso, entende ela que os partícipes das uniões paralelas ainda concorrem com os herdeiros necessários no que tange aos aludidos bens adquiridos na constância do convívio.

Interessante raciocínio trazido pela aludida autora diz respeito a uma das consequências indiretas do não reconhecimento de direito sucessório às relações paralelas. É que como a Constituição Federal não admite mais tratamento discriminatório dos filhos, ao se negar à mãe os direitos decorrentes da união paralela que a mesma manteve

---

dade marcada pela existência de relações líquidas, fluidas, de fragilidade ímpar, impõe ao Juiz uma rigorosa análise de cada lide que apresenta paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas no caso concreto, sem aplicar, jamais, raciocínios distanciados da dimensão específica alcançada pelas circunstâncias contextuais do processo. 7. A inexistência da prova de patrimônio adquirido pelo esforço comum é circunstância suficiente para afastar a configuração de sociedade de fato, porque é pressuposto para seu reconhecimento. 8. Desse modo, a simples convivência sob a roupagem de concubinato não confere direito ao reconhecimento de sociedade de fato, que somente emerge diante da efetiva comprovação de esforço mútuo despendido pelos concubinos para a formação de patrimônio comum. Isso porque a existência de sociedade de fato pressupõe, necessariamente, a aquisição de bens ao longo do relacionamento, para que se possa ter por caracterizado o patrimônio comum. 9. A pertinência dessa construção jurisprudencial deve ser firmemente estabelecida, com vistas a salvaguardar as partes da malícia e da má-fé, por meio da utilização de premissas falaciosas de argumentos que possam inverter o sentido e a intenção das criações do Direito, as quais seguem sempre no rastro da realidade social e da preservação dos direitos inerentes à promoção do bem-estar do ser humano. 10. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial" (Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1170799/PB, Relator Ministro Massami Uyeda, Relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 06/12/2010).

96 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 90-91.

é excluir o direito sucessório do filho com relação a ela. Ou seja, deixar de reconhecer o direito da mãe, pela via inversa e reflexamente, é não reconhecer o direito que o filho teria à herança dela.[97]

A hipótese de participação do integrante supérstite da relação paralela na herança deixada já foi reconhecida em julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[98].

A segunda questão relevante que vem merecendo pronunciamento dos Tribunais diz respeito à possibilidade de concessão de pensão por morte ao sobrevivente de uma relação paralela. Mais uma vez, o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça[99] e predominante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[100] é no sentido de não se reconhecer o referido direito à pensão, podendo ser encontradas,

97 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

98 Como exemplo: "APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTE AO CASAMENTO. POSSIBILIDADE. DIVISÃO DE BEM. TRIAÇÃO. Viável o reconhecimento de união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que a prova dos autos é robusta em demonstrar que a apelante manteve união estável com o falecido, mesmo antes de ele se separar de fato da esposa. Necessidade de dividir o único bem adquirido no período em que o casamento foi concomitante à união estável em três partes. Triação. Precedentes jurisprudenciais. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA" (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível n. 70024804015, Oitava Câmara Cível, Relator Rui Portanova, julgado em 13/08/2009).

99 Corroborando as decisões proferidas no AgRg no REsp 968.572/RN, no AgRg no Ag 1249035/MG, no AgRg no Ag 683.975/RS e no REsp 1104316/RS, transcreve-se ementa de recentíssimo julgado acerca da questão: "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO. EXTENSÃO DA *RES JUDICATA* À ADMISSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL FALECIDO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. [...] 5. O reconhecimento da união estável pressupõe a inexistência de impedimentos para o casamento. 6. A vigência de matrimônio não é empecilho para a caracterização da união estável, desde que esteja evidenciada a separação de fato entre os ex-cônjuges, o que não é a hipótese dos autos. 7. O concubinato não pode ser erigido ao mesmo patamar jurídico da união estável, sendo certo que o reconhecimento dessa última é condição imprescindível à garantia dos direitos previstos na Constituição Federal e na legislação pátria aos companheiros, inclusive para fins previdenciários. 8. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido (Superior Tribunal de Justiça, RMS 30.414/PB, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/04/2012).

100 Vide, como exemplo, acórdão n. 70046287843.

neste último, todavia, algumas decisões em sentido contrário[101].

Quanto ao recebimento de seguro de vida pelo integrante sobrevivente da união paralela, há dois julgados do Superior Tribunal de Justiça em que, embora ressalvado expressamente que em regra é vedada a designação do concubino como beneficiário do seguro de vida do falecido[102], tal direito foi concedido em face das peculiaridades do caso concreto[103]. Há também julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecendo tal direito[104].

---

101 Vide, como exemplo, acórdão n. 70012696068.

102 Direito civil. Recursos especiais. Contratos, família e sucessões. Contrato de seguro instituído em favor de companheira. Possibilidade. – É vedada a designação de concubino como beneficiário de seguro de vida, com a finalidade assentada na necessária proteção do casamento, instituição a ser preservada e que deve ser alçada à condição de prevalência, quando em contraposição com institutos que se desviem da finalidade constitucional. – A união estável também é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar; o concubinato, paralelo ao casamento e à união estável, enfrenta obstáculos à geração de efeitos dele decorrentes, especialmente porque concebido sobre o leito do impedimento dos concubinos para o casamento. – Se o Tribunal de origem confere à parte a qualidade de companheira do falecido, essa questão é fática, e posta no acórdão é definitiva para o julgamento do recurso especial. – Se o capital segurado for revertido para beneficiário licitamente designado no contrato de seguro de vida, sem desrespeito à vedação imposta no art. 1.474 do CC/16, porque instituído em favor da companheira do falecido, o instrumento contratual não merece ter sua validade contestada. – Na tentativa de vestir na companheira a roupagem de concubina, fugiram as recorrentes da interpretação que confere o STJ à questão, máxime quando adstrito aos elementos fáticos assim como descritos pelo Tribunal de origem. Recursos especiais não conhecidos (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1047538/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/11/2008, DJe 10/12/2008).

103 SEGURO DE VIDA EM FAVOR DE CONCUBINA. Homem casado. Situação peculiar de coexistência duradoura do *de cujus* com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações. Indicação da concubina como beneficiária do benefício. Fracionamento. Inobstante a regra protetora da família, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o *de cujus*, a particular situação dos autos, que demonstra "bigamia", em que o extinto mantinha-se ligado à família e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do Direito. Recurso conhecido e provido em parte para determinar o fracionamento, por igual, da indenização secundária (Superior Tribunal de Justiça, REsp 100.888/BA, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 12/3/2000).

104 Ementa: AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO. SEGURO DE VIDA. CONCUBINA BENEFICIÁRIA. PROVA DA RELAÇÃO. REVELIA. EFEITOS. MATÉRIA DE FATO. Dúvida a quem pagar, decorrente de alteração das beneficiárias no contrato de seguro

O Código Civil não confere direito real de habitação ao concubino (aliás, como é sabido, há divergência inclusive se tal direito se aplica às uniões estáveis). No entanto, há interessante julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal[105] que, analisando o caso concreto, concede tal direito ao concubino sobrevivente[106].

Por fim, no tocante à possibilidade de a concubina ser eleita como legatária, há, como visto anteriormente, regulamentação expressa no art. 1.801 do Código Civil, no sentido de que o concubino do testador casado não pode ser nomeado herdeiro nem legatário (salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos). Tal norma tem o claro objetivo de proteger o patrimônio conjugal. Em julgado isolado sobre

---

de vida, estipulando a concubina como beneficiária, no lugar da esposa. Revelia da ré/ concubina. Os efeitos da revelia se operam quanto aos fatos alegados, sendo a presunção, no entanto, relativa. Prova nos autos de que o segurado conviveu durante todo o tempo com a esposa, não elidida pela ré/ concubina. A concubina somente terá direito à indenização securitária, decorrente de seguro de vida, se ficar provado que o segurado estava separado de fato ou se estava ligado à família legítima e concubinária, ao mesmo tempo. Apelo provido. (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível n. 70009733551, Quinta Câmara Cível, Relator Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 14/10/2004).

105 Embora o foco do trabalho seja a jurisprudência gaúcha e dos Tribunais Superiores, em face da não localização de julgado nesses tribunais, invoca-se, nesse tocante, decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

106 APELAÇÃO CÍVEL DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. IMISSÃO DE POSSE. DIREITO À POSSE DA VIÚVA [MEEIRA] *VERSUS* DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA CONCUBINA. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO: ART. 227, § 6º, DA CF/88. I – A ação de imissão de posse tem natureza jurídica petitória, pela qual o direito à posse decorre do direito de sequela conferido ao proprietário. II – O reconhecimento judicial da união estável depende da presença de três requisitos fundamentais: fidelidade, notoriedade e *affectio maritallis* [art. 1º da Lei n. 9.278/96 c/c art. 1.723 do novo Código Civil]. III – O direito real de habitação é reconhecido na união estável [Lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único]. A ele não faz jus a concubina de homem casado que durante vinte e nove anos manteve duas famílias, com ela [concubina] e com a esposa. IV – Excepcionalmente, pela peculiaridade do caso concreto, mantêm-se a concubina e os filhos do *de cujus* no imóvel do qual é meeira a viúva em homenagem ao disposto no art. 227, § 6º, da Carta Política de 1988, que consagra a proteção à família e aos filhos havidos fora do casamento (Tribunal de Justiça do DF, Apelação Cível n. 20020310161859, Segunda Câmara Cível, Relator Waldir Leôncio Junior, julgado em 19/08/2004).

a matéria no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, confirmou-se tal vedação[107]. Vale referir a crítica existente ao referido dispositivo, uma vez que, a partir da separação de fato, não há óbice legal para a constituição de uma união estável (desde que, é claro, preenchidos os requisitos para tanto), não havendo necessidade para o lapso temporal de cinco anos.

Assim, são diversos os aspectos que decorrem do falecimento de um dos integrantes da união paralela. Não se pretendeu exaurir aqui – e nem seria possível – todos os questionamentos que decorrem de tal situação, mas, sim, demonstrar o posicionamento atual da jurisprudência acerca das questões que vêm sendo com maior frequência objeto de discussão judicial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que estamos diante de uma nova família: a família constitucional. O afeto, a solidariedade e a dignidade de seus entes constituem-se elementos essenciais para a formação e consolidação dessa nova instituição. Protege-se o objeto da relação e minimiza-se a forma.

Todavia, mesmo que presentes todos esses elementos, ainda são muitas as controvérsias existentes quanto ao reconhecimento de algumas relações como entidades familiares. Seja pela subjetividade de um de seus elementos precípuos – afeto –, seja pela eventual afronta a modelos e princípios ainda existentes em nossa sociedade, uniões paralelas ainda não tem seu lugar definido no mundo jurídico.

Há que se ter uma constante preocupação para que o conceito jurídico de afeto não seja "vulgarizado". Nem todo sentimento entre duas pessoas é afeto. E nem todo afeto é relevante para o direito. Entre situações extremas em que a existência ou não de afeto se mostra evidente, há uma cortina de fumaça que não nos permite distinguir com exatidão que sentimento é esse capaz de formar um verdadeiro núcleo familiar.

Outrossim, não há como eliminar, de um dia para o outro, costumes e

---

107 APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULA DE TESTAMENTO. LEGATÁRIA CONCUBINA. Apesar de toda a prova trazida aos autos acerca da relação entre o testador e a legatária, a natureza do relacionamento já foi delimitada em demanda transitada em julgado. Assim, definida a relação como adulterina, a disposição de última vontade encontra óbice no inciso III do artigo 1.801 do Código Civil. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível Nº 70036759421, Oitava Câmara Cível, Relator Alzir Felippe Schmitz, julgado em 04/08/2011).

princípios que ainda regem a sociedade. Não se pode olvidar que é a sociedade quem dá os subsídios necessários para que o Legislativo e o Judiciário elaborem e apliquem as leis. O regramento jurídico e as decisões judiciais não podem impor à sociedade o que por ela ainda não é aceito.

Será que uma relação afetiva constituída ante o possível – e provável – desmantelamento de uma outra relação afetiva já existente obedece a princípios éticos, morais e aos bons costumes? Será que a infidelidade já é aceita pela sociedade? Será que a monogamia pode ser considerada um princípio jurídico vigente? A reflexão sobre tais questionamentos nos parece fundamental para formação de um posicionamento sobre o tema. Trata-se de questão de tamanha complexidade, que parece não haver solução verdadeiramente justa.

Parece certo, no entanto, que diante da realidade social e jurídica atual, devem ser afastados dois posicionamentos radicais. De um lado, mostra-se descabido negar-se todo e qualquer direito patrimonial às relações concubinárias (inclusive no campo obrigacional), pois, assim, estar-se-á contrariando as regras mais elementares do ordenamento jurídico, como a que veda o enriquecimento sem causa. De outro lado, não se pode simplesmente equiparar as relações paralelas a uma união estável propriamente dita, seja porque esta não foi a intenção do legislador, seja porque a infidelidade contraria os costumes ainda enraizados da sociedade brasileira, seja em razão do princípio da segurança jurídica, seja, ainda, porque a monogamia trata-se de princípio que ainda está vigente em nosso ordenamento jurídico (reconhecido como tal também em outros países de mesma cultura, como a Argentina[108]), merecendo ser considerado.

Como regra, na esteira do que vem entendendo a doutrina e a jurisprudência majoritárias, a solução dos conflitos envolvendo relações paralelas deve ser buscada no direito das obrigações, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa.

No entanto, dada a complexidade das questões envolvidas, a melhor solução passa, necessariamente, pela análise do caso concreto, devendo ser ponderados todos os princípios envolvidos (tais como o da dignidade da pessoa humana, o da segurança jurídica, o da monogamia e o da

108 "El deber de fidelidade es recíproco, absoluto e incompensable y permanente. [...] El deber de fidelidade no solo compreender el débito conyugal, sino que es mucho más amplio, comprendiendo conductas diferentes a las relaciones sexuales" (LLOVERAS, Nora. *El derecho de familia desde la Constitucion Nacional*. 1. ed. Buenos Aires: Universidad, 2009, p. 280).

boa-fé), sendo possível, em situações excepcionais, reconhecer a existência de uma união estável paralela ao casamento ou a uma outra união estável. É o caso, por exemplo, em que está presente uma legítima expectativa do objetivo de constituir família (requisito para configuração de união estável), consubstanciado no desconhecimento acerca de impedimento do outro integrante da relação de contrair matrimônio ou constituir união estável. Certamente haverá outras situações em que se mostrará inevitável o reconhecimento de amplos efeitos jurídicos às relações paralelas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil*: Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

BARBOSA, Águida Arruda. Conceito Pós-moderno de Família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BORGHI, Hélio. *Casamento & União Estável*: formação, eficácia e dissolução. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 6. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Depalma, 2004.

CAHALI, Francisco José (Coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CAVALCANTI, Lourival Silva. *União estável*: a inconstitucionalidade de sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed., rev., atual. e

ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

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

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Concubinato e união estável. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/545>. Acesso em: 3 ago. 2012.

FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de família contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito Sucessório e Constituição: Controvérsias e Tendências. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

_____. Família e casamento em evolução. In: _____. *Direito civil*: estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. Tradução de Lisiane Feiten Wingert, revisão de Cláudia Lima Marques. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, mar. 2003. 2. ed., 3. Tiragem, dez. 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito das Sucessões*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Direito Civil Aplicado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LLOVERAS, Nora. *El derecho de familia desde la Constitucion Na-*

cional. 1. ed. Buenos Aires: Universidad, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Aspectos jurídicos das famílias homossexual, simultânea e recomposta. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

NORONHA, Carlos Silveira (Org.). *As Novas Perspectivas do Direito das Sucessões em tempos de modernidade e pós-modernidade*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

OLIVEIRA, Euclides. União Estável na Jurisprudência do STJ e do STF. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: Novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.

QUADROS, Tiago de Almeida. O princípio da monogamia e o concubinato adulterino. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 412, 23 ago. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5614>. Acesso em: 3 ago. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*: Lei n. 10.406, de 10.01.2022. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Direito de Família*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: direito de família. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Marília Andrade dos. Meação em razão da extinção de união estável adulterina: estudo de caso. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006 . Disponível em: <http://jus.com.

br/revista/texto/9243>. Acesso em: 3 ago. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHREIBER, Anderson. Família Simultâneas e Redes Familiares. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.); TARTUCE, Flávio (Coord.); SIMÃO, José Fernando (Coord). *Direito de Família e das Sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Novo Código Civil Comentado: arts. 1.639 a 1.652. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.); RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de família*. In: _____. Direito civil. V. 6. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito de família*. In: _____. Direito civil. V. 6. 11. ed.. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

OS SONEGADOS E A COLAÇÃO: NOTAS DO DIREITO SUCESSÓRIO NA PÓS-MODERNIDADE

Gustavo Silveira Borges[1]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Temas de enorme relevância para o Direito Sucessório, como os sonegados e a colação, têm sido precariamente debatidos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, estes atos *post-mortem* que são regidos eminentemente pelo direito sucessório.

O presente texto tem como objetivo realizar um estudo dos institutos dos sonegados e da colação no direito sucessório, já que no meio jurídico restam posicionamentos controvertidos nos sonegados, especialmente, acerca do prazo prescricional, discussão sobre comprovação da má-fé e, na colação, das doações feitas aos herdeiros necessários, mais especificamente quais os herdeiros obrigados a colacionar e as hipóteses de dispensa da colação.

Nesse sentido, inicialmente apresentam-se as principais características dogmáticas do instituto jurídico dos sonegados e, após algumas considerações históricas, passa-se a expor os atributos da colação nas sucessões, com o objetivo de verificar: qual o prazo prescricional dos sonegados? Pode ser aplicada pena civil para a sonegação culposa? Em quais casos são cabíveis a colação aos herdeiros necessários? Quais espécies de herdeiros devem promover a colação? Em que circunstâncias pode haver a dispensa da colação?

Finalmente, a partir deste estudo, apresentam-se argumentos utilizados nas decisões sobre as temáticas à luz

1 Doutorando em Direito no PPGDir/UFRGS.

da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

1 OS SONEGADOS E A COLAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO

1.1 Características básicas e contextualização do instituto jurídico dos sonegados

A sonegação ocorre quando há ocultação intencional de bens que deveriam ser inventariados ou levados à colação. Trata-se, portanto, de um regramento característico do direito sucessório.

O direito romano traçou os primeiros ensaios da sonegação, já que, como assinala Gonçalves, "vestígios do instituto da sonegação foram encontrados no direito romano, no qual era punido o herdeiro que desviasse coisas da sucessão (*si aliquid ex haereditate amoverit*). A sanção era restrita, porém, aos herdeiros necessários."[2]

No direito comparado, tal instituto jurídico é tratado, por exemplo, no Código Civil Espanhol, no artigo 1.002[3], no Código Civil Francês, no artigo 792[4], no Código Civil Português, no artigo 2.096[5], e no Código Civil Argentino, nos artigos 3.331[6] e 3.405.[7]

No Direito Brasileiro, a previsão legal dos sonegados está esculpida na regra dos artigos 1.992 a 1.996 do Código Civil Brasileiro (CCB) e é caracterizada pela omissão do dever de colacionar dos herdeiros.

A configuração, então, da sonegação exige-se a caracterização de uma

---

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 7: direito das sucessões.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 522.

3 *Código Civil Español*. Art. 1.002 Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir.

4 *Code Civil Français*. Art. 792. Les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession, sont déchus de la faculté d'y renoncer: ils demeurent héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation, sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés.

5 *Código Civil Português*. Artigo 2096.º - (Sonegação de bens) 1. O herdeiro que sonegar bens da herança, ocultando dolosamente a sua existência, seja ou não cabeça-de-casal, perde em benefício dos co-herdeiros o direito que possa ter a qualquer parte dos bens sonegados, além de incorrer nas mais sanções que forem aplicáveis. 2. O que sonegar bens da herança é considerado mero detentor desses bens.

7 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil, volume XXI: do direito das sucessões (Arts. 1.784 a 2.027).* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 716.

fraude que incida ainda em um único bem, como prevê o artigo 1.992 do CCB:

> Art.1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia.

Tanto o inventariante como o herdeiro estão sujeitos à pena de sonegados, que é a perda do direito sobre esses bens, conforme predito no art. 1.992 do CCB. Não só eles,como também o testamenteiro, podem ser sujeitos da imposição de tal penalidade, caso venha a exercer a inventariança. Monteiro afirma que, a partir da análise conjunta dos artigos 1.992 e 1.993 do CCB, as seguintes pessoas podem cometer sonegação:

> a) o herdeiro que sonega bens da herança, não os descrevendo no inventário, quando em seu poder; b) o herdeiro que não denuncia a existência de bens do acervo, que, com ciência sua, se encontrem em poder de outrem; c) o herdeiro que deixa de conferir no inventário bens sujeitos à colação; d) o inventariante que não inclui ou omite, nas declarações prestadas, efeitos pertencentes ao espólio; e) finalmente, o cessionário do herdeiro, quando declara que não possui bens hereditários.[8]

Em verdade, o herdeiro sonegador, que não descreveu propositalmente os bens no inventário e também os omitiu na colação, de qualquer modo deixando de devolver ao espólio, perde o direito que sobre ele lhe caberia. Trata-se, portanto, de uma omissão deliberada, por parte de qualquer dos herdeiros, de informar o juízo do inventário sobre a existência de bem, pertencente ao espólio, que está em seu poder ou que sabe estar em poder de outrem, ou ainda a decidida omissão em colacionar. Tal conduta intencional, desde que levada a efeito maliciosamente, revela má-fé e sujeita quem a cometeu à pena civil de sonegado, podendo, conforme o caso, sujeitá-lo inclusive à sanção criminal pelo delito de apropriação indébita. Uma vez comprovada a intenção da sonegação, como refere Oliveira, "ao herdeiro sonegador aplica-se uma punição de caráter civil, consistente na perda do direito sobre os bens que ocultou com o propósito de prejudicar os demais herdeiros. A aplicação da pena, entretanto, não é automática: depende da comprovação do dolo e da

8 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. v. 6, atualização de Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva 2003, p. 295-296.

inércia maliciosa do herdeiro durante a tramitação do inventário"[9]. Pertinente, também, a observação de Loureiro, que refere que "a sonegação exige o dolo e este nunca se presume"[10]. A ocorrência da sonegação, portanto, influi na cominação da penalidade de sonegados, que significa a perda de qualquer direito pelo sonegador sobre o bem omitido. Não significa dizer que se perde a condição de herdeiro nem que ficará excluído totalmente da sucessão, apenas será excluído em relação àquele bem que não foi colacionado. Assim, o bem sonegado será partilhado entre os demais herdeiros. Tal penalidade está prevista nos artigos 1.992 e 1.993 do CCB, este que transcrevemos *ipsis litteris* a seguir:

> Art. 1.993. Além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador for o próprio inventariante, remover-se-á, em se provando a sonegação, ou negando ele a existência dos bens, quando indicados.

O marco jurídico da sonegação do inventariante se dá depois do término da descrição dos bens, no momento em que este declarar que eles não existem, conforme o art. 1.996 do CC[11]. Assim, anteriormente a esse período não será possível a arguição, uma vez que as primeiras declarações podem ainda ser aditadas.

A ação de sonegados – que trataremos na segunda parte deste ensaio – deverá ser manejada pela ação própria na qual o interessado poderá buscar a cominação da penalidade, conforme previsto no art. 1.994 do CCB:

> Art. 1.994. A pena de sonegados só se pode requerer e impor em ação movida pelos herdeiros ou pelos credores da herança.

Para a perfectibilização da sonegação, por conseguinte, são necessários dois requisitos: o elemento objetivo externo, que é a ocultação do bem e o elemento subjetivo, que é a intenção.

E, por fim, quanto à legitimidade, pode perpetrar a sonegação, como dizem os artigos 1.992 e 1.993, os herdeiros e o inventariante, mas pode-se incluir também o cessionário e o testamenteiro.

---

9 OLIVEIRA, James Eduardo. *Código civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 1.468.

10 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1.278.

11 Código Civil Brasileiro. Art. 1.996. Só se pode arguir de sonegação o inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar e partir, assim como arguir o herdeiro, depois de declarar-se no inventário que não os possui.

1.2 Aspectos histórico-conceituais da colação

A colação pode ser conceituada como a ação de acumular ao monte partível quaisquer liberalidades recebidas do *de cujus* pelo herdeiro descendente. É, portanto, a restituição à herança dos bens que o herdeiro recebeu em vida do *de cujus.*

Etimologicamente, o instituto jurídico da colação advém do direito romano, especialmente do termo latino *collatio*, que é oriundo por sua vez do supino *collatum*, do verbo *conferre*, o qual significa, em português, conferir, ajuntar, reunir, trazer juntamente[12]. No Direito Romano, a *colattio* era um instituto que buscava a igualdade social. Como refere Loureiro, "o instituto tem origem no direito romano, e visava igualar a situação dos filhos emancipados e não emancipados na sucessão do *pater familias*"[13]. Como assinala ainda Loureiro, "a colação também era prevista no antigo direito francês e foi consagrada no Code Napoléon"[14].

No direito comparado, a título exemplificativo, encontramos no Código Civil Espanhol, nos artigos 1.035 a 1.087[15], no Código Civil Francês, no artigo 843[16], no Código Civil Português, no artigo 2.104[17], no Códi-

12 LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil, volume XXI: do direito da sucessões (Arts. 1.784 a 2.027).* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 749.

13 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1280.

14 LOUREIRO, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 1.280.

15 No Código Civil Espanhol está previsto na Sección Primera. De La Colación (Arts. 1.035 A 1.050), do capítulo VI. De la colación y partición (arts. 1.035 a 1.087).

16 Code Civil Français, Livre III; Des différentes manières dont on acquiert la propriété; Titre I; Des successions; Chapitre VI; Du partage et des rapports; Section II; Des rapports, de l'imputation et de la réduction des libéralités faites aux successibles Art. 843. Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport. Les legs faits à un héritier sont réputés faits par préciput et hors part, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire, auquel cas le légataire ne peut réclamer son legs qu'en moins prenant.

17 Código Civil Português, na Secção III, colação, no Artigo 2104º (Noção) 1. Os descendentes que pretendem entrar na sucessão do ascendente devem restituir à massa da herança, para igualação da partilha, os bens ou valores que lhes foram doados por este: esta restituição tem o nome de colação. 2. São havidas como doação, para efeitos de colação, as despesas referidas no artigo 2.110º.

go Civil Argentino, nos artigos 3.476 a 3.484.[18] Como referido por Ferreira, a conceituação doutrinária das diferentes legislações que tem o instituto da colação é praticamente uniforme[19]. No direito brasileiro, a colação está disciplinada nos artigos 2.002 a 2.012 do CCB.

Trata-se, consequentemente, da restituição à reserva legitimária do valor das liberalidades recebidas do *de cujus* por herdeiro descendente, reconstituindo-se o monte partível, e que tem por finalidade igualar as legítimas dos herdeiros obrigatórios (*par conditio*), no caso, nivelar a legítima do descendente-donatário com as legítimas dos demais descendentes do *de cujus*.[20]

Consoante o artigo 2.002 do CCB, os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação. O Código Civil Brasileiro, no artigo 544, expressamente refere que a doação pode ser feita somente da parte disponível, conforme transcrevemos:

> Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

A regra jurídica parte do fundamento de que as doações realizadas em vida são consideradas adiantamento de legítima, sendo uma presunção de que o *de cujus* sentia igual afeto em relação aos seus descendentes. Destarte, o que foi recebido em vida – a título de doação ao descendente – integrará a legítima deste, de modo que somente os descendentes devem conferir os bens recebidos do autor da herança a título de doação.

O escopo da regra é, desse modo, a busca da igualdade entre os quinhões hereditários, já que o herdeiro foi aquinhoado, quando em vida, de uma parte mediante doação. Essa busca de igualdade dos quinhões encontra guarida nos artigos 1.846[21] e 2.003[22], ambos do CCB.

---

18 Código Civil de la República Argentina, no Capítulo III - De la colación

19 FERREIRA, Nelson Pinto. *Da colação no direito civil e no direito civil comparado.* São Paulo" Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p. 29.

20 VELOSO, Zeno; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao código civil: direito das sucessões.* V. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 405.

21 Código Civil Brasileiro. Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

22 Código Civil Brasileiro. Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados.

Importante dizer, além disso, que o ato jurídico perfeito da doação não será desconstituído, o que ocorrerá é que deverá o donatário colacionar o bem adquirido para efeito de aferição da composição da legítima.

Alama coloca detalhadamente os requisitos para a configuração da colação, a saber: (i) doação feita pelo *de cujus;* (ii) ostentar os descendentes tal qualidade no momento da abertura da sucessão; (iii) defender a liberalidade a igualdade das legítimas; (iv) concorrer à herança pluralidade de descendentes do mesmo grau e; (v) não ter havido dispensa pelo doador.[23]

Em relação às pessoas obrigadas a colacionar, o CCB não tratou da questão da obrigatoriedade do cônjuge de colacionar quando beneficiado por doação pelo *de cujus*, já que este, pelo sistema do novo Código, também é considerado herdeiro necessário, 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.

Dividiram-se, então, em duas correntes a doutrina[24]: basicamente, uma delas[25] defende a interpretação dos artigos 2.002 e 2.003 em consonância com o art. 544, ambos do CCB, que traz a previsão expressa de colação em relação ao cônjuge. E a outra interpretação referente à obrigação de colacionar, que decorreria da vontade presumida do autor da herança de conferir igual tratamento aos descendentes, cabendo somente a estes, dispensando os ascendentes e o cônjuge sobrevivente[26]. Cabe dizer que em relação aos netos, da mesma forma há, em representação aos pais, sucedendo aos avós, a obrigação de colacionar.

---

23 ALMADA, Ney de Mello. *Direito das sucessões*. V. II. São Paulo, ed. Brasiliense, 2001, p. 367.

24 Inclusive tramitou na Câmara dos Deputados PL n. 276/2007, de autoria do Deputado Léo Alcântara – PSDB/CE que propunha alteração do artigo 2.002 do Código Civil, propondo o seguinte texto: Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum, e o cônjuge sobrevivente, quando concorrer com os descendentes, são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que em vida receberam do falecido, sob pena de sonegação. Tal projeto de lei foi arquivado, conforme Câmara dos Deputados. PL 276/2007**.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231> Acesso em: 1 maio 2012.

25 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões.* 6 volume. 22 ed., rev., atual. e ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 402.

26 LEITE, Eduardo de Oliveira, *op. cit.*, p. 760.

No que tange aos bens que devem ser colacionados, o art. 2.002 e, de acordo com Diniz, são os seguintes:

> 1º) doações constituídas pelo ascendente;
> 2º) doações dos avós aos netos, quando eles concorrerem à herança com tios, primos;
> 3º) doações recebidas pelos pais, quando estes falecerem antes do doador e forem representados pelo sucessor;
> 4º) doações verbais de coisa de pequeno valor, embora não seja de uso tal colação;
> 5º) venda de bens ou doação feita por interposta pessoa, com o intuito de prejudicar a legítima dos herdeiros do autor da herança;
> 6º) recursos fornecidos pelo ascendente, para que o descendente pudesse adquirir bens (RT 169:801);
> 7º) dinheiro colocado a juros pelo ascendente em nome do descendente;
> 8º) quantias desembolsadas pelo pai para pagar débito do filho;
> 9º) valor da dívida do descendente, remitida pelo pai;
> 10º) gastos de sustento feitos com filhos anteriores;
> 11º) montante de empréstimos feitos pelo ascendente ao descendente sem jamais exigir reembolso (RF, 140:329);
> 12º) doação feita por ambos os cônjuges deverá se conferir por metade no inventário de cada um (CC, art. 2.012; R, 697:154, 552:175), ante a presunção de que cada um dos doadores efetuou a liberalidade meio a meio. Da parte do sucessível é preciso lembrar que, sendo casado, só o herdeiro está sujeito à colação, não o consorte que recebeu a liberalidade, a não ser que tenha sido feita a ambos, sendo então conferível o bem pela metade do herdeiro. Logo, se a doação se efetuar a um casal, a colação abrangerá toda a liberalidade e não apenas a metade, sob a alegação de que o cônjuge do herdeiro, não sendo descendente, não estaria adstrito à conferência (RF, 69:537).[27]

Insta mencionar, ademais, sobre as vedações e as exceções contidas nos artigos 2.005 e 2.010 do CCB, que aludem aos gastos ordinários dos descendentes com o ascendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval e despesas de casamento e livramento em processo-crime.

De outro lado, não haverá obrigatoriedade de colação nas hipóteses dos arts. 2.010[28] e 2.011[29] do CCB.

---

27 DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 406-407.

28 Código Civil Brasileiro. Art. 2.010. Não virão à colação os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime.

29 Código Civil Brasileiro. Art. 2.011. As doações remuneratórias de serviços feitos ao ascendente também não estão sujeitas a colação.

Sob o viés tributário, não haverá obrigatoriedade do pagamento do imposto *mortis causa* sobre o bem colacionado, uma vez que já houve o pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* quando da realização do negócio jurídico da doação.

No que pertine à dispensa da colação, pela denominada "cláusula de dispensa de colação", tal dispensa pode ser realizada por testamento ou no próprio ato de liberalidade, consoante a previsão do artigo 2.006[30] do CCB. A dispensa da colação que também é revogável por testamento, contudo, pode o doador dispensar dependente da colação. Conforme Veloso, a dispensa de colação não resulta só da vontade, do arbítrio do doador, mas de sua declaração expressa de que o bem doado é retirado de sua metade disponível, valendo a declaração se esse fato for verdadeiro, ou seja, a dispensa da colação não produz efeito a não ser *no limite* da quota disponível. Não há dispensa de colação presumida ou virtual.[31] Poderá ser feita a dispensa na própria escritura de doação ou no testamento.

Assim, descoberto o valor da legítima – pela de soma da metade do monte-mor líquido com as colações – realiza-se a divisão para cada herdeiro.

2 REGIME JURÍDICO-INSTRUMENTAL E O DIAGNÓSTICO JURISPRUDENCIAL DOS SONEGADOS E DA COLAÇÃO

2.1 Procedimentos dos sonegados e da colação

Como dito, para que se implemente a pena de sonegação, é preciso o ajuizamento de ação própria – a ação de sonegados – que não se maneja na ação do inventário, mas, sim, pela via ordinária.

Os interessados devem, em ação própria, demonstrar que o sonegador maliciosamente, dolosamente, ocultou o bem. Na ação de sonegados, a legitimidade para mover a demanda de sonegados está prevista no art. 1.994[32] do

30 Código Civil Brasileiro. Art. 2.006. A dispensa da colação pode ser outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade.

31 VELOSO, Zeno; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao código civil: direito das sucessões*. V. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 423.

32 Código Civil Brasileiro. Art. 1.994. A pena de sonegados só se pode requerer e impor em ação movida pelos herdeiros ou pelos credores da herança.
Parágrafo único. A sentença que se proferir na ação de sonegados, movida por qualquer dos herdeiros ou credores, aproveita aos demais interessados.

CCB. Deve ser provado, na demanda, além da ocultação, a intenção, o dolo de quem omitiu o bem. A sentença prolatada nesse feito aproveitará todos os herdeiros, e não somente aquele que propôs a ação.

O prazo prescricional – tema tratado no próximo item – para ajuizamento da demanda é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência.

Quanto ao ônus da prova da sonegação, Oliveira aponta que:

> Além dessa pena civil, se o sonegador for o próprio inventariante, deve ser o mesmo removido da inventariança (art. 1.993 do CC). Para tanto, deve-se provar a sonegação ou que ele negou a existência de bens indicados. O ônus dessa prova, por óbvio, também cabe a quem alega, nos termos do art. 333, I, do CPC.[33]

Quanto aos efeitos da sonegação, poderão ocorrer as seguintes penalidades: (i) a perda do direito sobre o bem sonegado; (ii) a restituição da coisa, com frutos; (iii) rendimentos, como possuidor de má-fé; (iv) indenização por perdas e danos; e (v) a aplicação do art. 402[34] do CCB na indenização do espólio.

Já no que diz respeito à colação, o procedimento está regulamentado nos artigos 1.014 a 1.016 do Código de Processo Civil[35]. Conforme Mari-

33 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Editora Método. V. 6, 2007, p. 407.

34 Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

35 Código de Processo Civil Brasileiro. Art. 1.014. No prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhes-á o valor. Parágrafo único. Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão. Art. 1.015. O herdeiro que renunciou à herança ou o que dela foi excluído não se exime, pelo fato da renúncia ou da exclusão, de conferir, para o efeito de repor a parte inoficiosa, as liberalidades que houve do doador.
§ 1º E lícito ao donatário escolher, dos bens doados, tantos quantos bastem para perfazer a legítima e a metade disponível, entrando na partilha o excedente para ser dividido entre os demais herdeiros.
§ 2º Se a parte inoficiosa da doação recair sobre bem imóvel, que não comporte divisão cômoda, o juiz determinará que sobre ela se proceda entre os herdeiros à licitação; o donatário poderá concorrer na licitação e, em igualdade de condições, preferirá aos herdeiros.
Art. 1.016. Se o herdeiro negar o recebimento dos bens ou a obrigação de os conferir, o juiz, ouvidas as partes no prazo comum de 5 (cinco) dias, decidirá à vista das alegações e provas produzidas.

noni e Mitidiero, "a colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida em lei, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente".[36]

Os herdeiros, portanto, que receberam a liberalidade em vida do *de cujus* têm, dessa forma, o dever de colacionar, no curso do inventário, os valores após a abertura da sucessão. O prazo para tal manifestação será de dez dias, mediante termo nos autos, no prazo das primeiras declarações, conforme previsto no artigo 1.014 do CCB, que transcrevemos:

> Art. 1.014. No prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhes-á o valor.

No que pertine ao dever de colacionar, cabe ao herdeiro trazer os bens a colação sob pena de, se sonegados, perder o direito sobre eles. Portanto, quem tem legitimidade são os descendentes sucessíveis, cônjuge se concorrer com os descendentes e os netos, quando representarem seus pais na herança do avô.

O momento da colação está previsto no artigo 1.000 do CPC[37], qual seja, na apresentação das primeiras declarações. Conforme o art. 1.016 do CPC, caso o herdeiro negue o recebimento dos bens ou a obrigação

---

§ 1º Declarada improcedente a oposição, se o herdeiro, no prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, não proceder à conferência, o juiz mandará sequestrar-lhe, para serem inventariados e partilhados, os bens sujeitos à colação, ou imputar ao seu quinhão hereditário o valor deles, se já os não possuir.

§ 2º Se a matéria for de alta indagação, o juiz remeterá as partes para os meios ordinários, não podendo o herdeiro receber o seu quinhão hereditário, enquanto pender a demanda, sem prestar caução correspondente ao valor dos bens sobre que versar a conferência.

36 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de proceso civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 898.

37 Código Civil Brasileiro. Art. 1.000. Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 10 (dez) dias, para dizerem sobre as primeiras declarações. Cabe à parte: I - arguir erros e omissões; II - reclamar contra a nomeação do inventariante; III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro. Parágrafo único. Julgando procedente a impugnação referida no nº I, o juiz mandará retificar as primeiras declarações. Se acolher o pedido, de que trata o nº II, nomeará outro inventariante, observada a preferência legal. Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro, a que alude o nº III, constitui matéria de alta indagação, remeterá a parte para os meios ordinários e sobrestará, até o julgamento da ação, na entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido.

de conferir, o juiz ouvirá as partes em cinco dias e decidirá à vista das alegações e provas produzidas. Uma vez desacolhida a negativa do herdeiro, o juiz mandará que, em cinco dias, proceda a conferência, sob pena de sequestro dos bens. Caso não os tenha mais consigo, mandará imputar seu valor no quinhão que lhe couber. Se a matéria for de alta indagação, o juiz remeterá as partes para os meios ordinários, mas o herdeiro não receberá seu quinhão senão depois de prestar caução correspondente ao valor dos bens não colacionados.

Ainda, cabe referir que a ação de colação será proposta pelo espólio, podendo o herdeiro interessado atuar como assistente.

Por fim, quanto ao valor da colação, esta se dará pelo valor do bem, e não pelo bem em si.

2.2 Análise dos institutos jurídicos à luz da jurisprudência

Na ação de sonegados, questão que gera controvérsia é a questão da configuração ou não da má-fé ao sonegar bens da herança. Como já dito, deve ocorrer, por parte dos herdeiros, uma omissão deliberada de informar o juízo do inventário sobre a existência de bem, pertencente ao espólio, que está em seu poder ou em poder de outrem, conforme esculpido no art. 1.992 do CCB.

No sentido da necessidade de comprovação da intenção e da configuração da má-fé em relação à sonegação, bem demonstra a decisão do TJRS:

> Ação de sonegados. Herdeiro que mediante procuração da genitora para aquisição de bem, procede a compra de imóvel em seu nome, omitindo tal fato, permitindo que o genitor fizesse constar na sua declaração do imposto de renda o referido imóvel como sendo seu. Venda do bem para aquisição de outro, induzindo a genitora em erro, obtendo para si vantagem indevida ao se apropriar dos valores. Situação que somente veio à tona com a morte do genitor e a abertura do inventário. Honorários advocatícios. Redefinição. 1. **A ação de sonegados pressupõe a ocultação dolosa de bens por quem deveria trazê-los à colação, sendo imprescindível provar não apenas a existência dos bens sonegados, mas, sobretudo, do dolo na ocultação, sendo corretamente aplicada a penalidade prevista no art. 1.992 do CCB**. 2. Se o herdeiro recebeu expressiva quantia em dinheiro pela venda de bem pertencente ao genitor, está obrigado a restituir tal valor ao Espólio, devidamente corrigido pelo IGP-M a contar do negócio jurídico, sendo também acrescido de juros de mora a partir da data da citação nos autos da ação de sonegados. 3. A disposição sucumbencial merece reparo apenas no que tange ao valor dos honorários advocatícios que o réu deverá pagar ao patrono do autor, que são fixados em 15% do valor da condenação, consideradas as diretrizes do

> art. 20, §3º, do CPC. Recurso provido em parte"[38] *(grifo nosso)*.

Portanto, essa conduta, de acordo com majoritária manifestação jurisprudencial, deve estar eivada de má-fé (intenção), inclusive o herdeiro sonegador poderá sofrer, em razão disso, além da sanção cível, sanção criminal.

Outra questão que aparece patentemente nos tribunais superiores, em matéria de sonegados, é a questão da discussão da prescrição em relação à ação de sonegados. O TJRS apresentou caminho em relação a essa questão, mencionando que o prazo é de 10 (dez) anos e que tal prazo se conta a partir do ato irregular, conforme a ementa que segue:

> Apelação cível. Sucessões. **Ação de sonegados**. Filho adotivo "igualado" a legítimo após a vigência da constituição federal de 1988. Prescrição vintenária. Inexistência. Aplicação do artigo 205 do CC. Doação da nua-propriedade correspondente à parte do genitor que serviu de proteção financeira ao filho adotivo (adiantamento de legítima). Impossibilidade. Venda de ascendente para descendente. Ausência de anuência dos demais descendentes (herdeiros necessários). Negócio jurídico inválido. Aplicação do artigo 496 do CC. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Não merece acolhida a tese esboçada no apelo no sentido de que a ação estaria abrangida pela prescrição vintenária, pois, tratando-se de ação de sonegados, o **prazo prescricional é de 10 anos, lapso temporal que não decorreu entre a negativa do herdeiro em trazer à colação os bens e o ajuizamento da presente ação pelos demais herdeiros do *de cujus***. Aplicação do artigo 205 do CC. Restando comprovado nos autos o adiantamento de legítima bem ainda a existência do negócio de compra e venda entre ascendente e descendente, sem a anuência dos demais herdeiros, patente que os bens devem ser reintegrados ao patrimônio da ascendente. Aplicação do artigo 496 do CC – Invalidade do negócio de compra e venda ante a ausência de formalidade essencial para convalidar o negócio. Hipótese em que os honorários advocatícios foram fixados criteriosamente em relação à controvérsia vertida nos autos e em consonância com os §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC, não havendo falar em redução. Manutenção da sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Prefacial de prescrição desacolhida. Apelação desprovida.[39] *(grifo nosso)*.

De outro lado, no tratamento do instituto da colação no direito sucessório, as questões que assolam

38 Apelação Cível N. 70028524627, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/08/2009.

39 Apelação Cível N. 70040638892, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 14/12/2011.

os tribunais superiores dizem respeito, especialmente, à necessidade de expressa manifestação de dispensa da colação e o prazo de prescrição para arguir a doação inoficiosa, já que tal dispensa pode ser realizada por testamento ou no ato de liberalidade, consoante a previsão do artigo art. 2.006 do CCB.

No que pertine à necessidade de expressa manifestação de dispensa de doação na colação, segue paradigmática decisão do TJRS:

> PARTILHA. ANULAÇÃO. CABIMENTO. **BEM IMÓVEL DOADO QUE NÃO FOI TRAZIDO À COLAÇÃO**. 1. **É cabível a anulação de partilha realizada sobre bem que foi recebido por doação e que não foi trazido à colação quando da abertura da sucessão dos doadores**. 2. A doação de bem feita aos herdeiros necessários constitui negócio jurídico válido e eficaz, quando revestido da forma legal e sem vício de vontade. 3. **Se a doação foi feita sem a expressa dispensa de colação, então constitui mera antecipação da legítima**. 4. Sendo o bem caracterizado por antecipação de legítima, deveria ter sido objeto do inventário do doador e também do donatário, sendo irrelevante o fato de ter sido transmitido ao herdeiro deste. Recurso desprovido.[40] *(grifo nosso)*

Por fim, o litígio acerca da doação inoficiosa e a comprovação da sua realização, sucessivamente, também é tema que aparece nos tribunais, como vemos a decisão que segue do TJRS:

> Agravo de instrumento. Inventário. **Colação**. Desnecessidade. **Doação com dispensa de colação e com indicação de que o bem sairia da parte disponível. Ausência de indício de doação inoficiosa**. Adiantamento de legítima. Inocorrência. 1. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferirem o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação, sendo que para o cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível, consoante art. 2.002 do CC, estando os donatários, contudo, dispensados de fazê-lo se o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da liberalidade, nos termos do art. 2.005 do CC. 2. Na espécie, a doação foi realizada por escritura pública, com dispensa de colação e expressa indicação de que o imóvel sairia da parte disponível do patrimônio do doador. Assim, **inexistindo elementos a indicar que tenha havido doação inoficiosa (o que eventualmente poderá ser apurado em sede própria), não há como caracterizar o ato da li-**

40 Apelação Cível N. 70038620316, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/09/2011.

> **beralidade como adiantamento da legítima, e, por conseguinte, determinar que os donatários procedam à colação**. Agravo de Instrumento Provido[41]. *(grifo nosso)*

No que tange ao prazo prescricional da ação de sonegados, entende o TJRS nos julgados recentes que para as doações efetuadas pelo finado o prazo prescricional será de 10 (dez) anos, consoante decisão que segue:

> Apelação cível. Sucessões. **Ação de sonegados**. Filho adotivo "igualado" a legítimo após a vigência da constituição federal de 1988. Prescrição vintenária. Inexistência. Aplicação do artigo 205 do CC. Doação da nua-propriedade correspondente à parte do genitor que serviu de proteção financeira ao filho adotivo (adiantamento de legítima). Impossibilidade. Venda de ascendente para descendente. Ausência de anuência dos demais descendentes (herdeiros necessários). Negócio jurídico inválido. Aplicação do artigo 496 do CC. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. **Não merece acolhida a tese esboçada no apelo no sentido de que a ação estaria abrangida pela prescrição vintenária, pois, tratando-se de ação de sonegados, o prazo prescricional é de 10 anos, lapso temporal que não decorreu entre a negativa do herdeiro em trazer à colação os bens e o ajuizamento da presente ação pelos demais herdeiros do *de cujus***. Aplicação do artigo 205 do CC. Restando comprovado nos autos o adiantamento de legítima, bem ainda a existência do negócio de compra e venda entre ascendente e descendente, sem a anuência dos demais herdeiros, patente que os bens devem ser reintegrados ao patrimônio da ascendente. Aplicação do artigo 496 do CC – Invalidade do negócio de compra e venda ante a ausência de formalidade essencial para convalidar o negócio. Hipótese em que os honorários advocatícios foram fixados criteriosamente em relação à controvérsia vertida nos autos e em consonância com os §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC, não havendo falar em redução. Manutenção da sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. Prefacial de Prescrição desacolhida. Apelação Desprovida.[42] *(grifo nosso)*

Dessa forma, pode-se constatar que as matérias aparecem seguidamente batendo as portas do Poder Judiciário, comprovando a importância dos institutos em apreço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme mencionado previamente, procurou-se, com o presente artigo, apresentar argumentos consisten-

41 Agravo de Instrumento N. 70043664226, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 15/09/2011.

42 Apelação Cível N. 70040638892, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 14/12/2011.

tes para demonstrar a importância dos institutos jurídicos dos sonegados e da colação dentro do *sistema*[43] jurídico.

O Direito, pela utilização dos Direitos Fundamentais e, especialmente, pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana[44], serve como um *dique* que impõe os limites às condutas humanas. Nos casos em que a lei é omissa, contraditória, os princípios – que informam todo o sistema jurídico – indicam quais os bens tutelados e valores a serem buscados na aplicação das normas e aparecem como capazes de direcionar o aplicador do Direito. Nas palavras de Martins-Costa, ao tratar do Direito enquanto construção de modelo de respostas, refere que "diferentemente do que ocorria no passado, hoje o Direito não é visto tão só como ciência, mas, fundamentalmente, como prudência, como arte prudencial que está inter-relacionada, fundamentalmente, com as demais instâncias componentes do todo social, notadamente a ética"[45].

Dessa forma, dentro das ações humanas, o Direito elege algumas para regrá-las e, sobre elas, estabelecer a incidência da *norma*[46], sempre primando pela proteção da noção de pessoa[47].

---

43 Canaris refere em relação à abertura do *sistema científico* enquanto incompletude do conhecimento científico, especialmente da ciência do direito, que "a abertura do sistema significa a *incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico. [...]* Cada sistema científico é, assim, tão só um *projeto* de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso e necessariamente, ele não é nem definitivo nem *fechado*, enquanto, no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis". Sobre o conceito de *sistema* e o significado *abertura do sistema* para as possibilidades do pensamento sistemático e da formação do sistema da ciência do direito, bem como sua metodologia, ver: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 3. ed. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa,1991, p. 106-112; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 6. ed. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa,1991.

44 Sobre a questão do princípio da Dignidade da Pessoa humana, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

45 MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do biodireito. In: CFM. *Bioética.* V. 8, n. 2 – 2000. Brasília: 2000, p. 230.

46 Sobre a definição de princípios e regras, ver: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

47 Não se deve atribuir o significado à pessoa, para o Direito, como *sujeito de direitos*, sob pena de estar atribuindo valor instrumental à humanidade. Nesse sentido, conforme o jurista Perlingieri: "onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar;

Tais institutos jurídicos convivem dentro do que se denomina de Pós-modernidade que, pela limitação do prefixo *pós*, busca-se uma ideia de superação, progresso, por isso surgiram desmesuradamente termos como: *pós-modernismo*, *pós-feminismo* etc. Estamos, de tal modo, inseridos no período da *Pós-Modernidade*[48], que é um tempo complexo e instável, com a imposição de um forte ritmo social de tempo imprimido. Como referido, ainda incipiente na convivência com a complexidade e a fluidez[49], no qual o Direito deve aprender a lidar. Dessa forma, tais institutos devem ser fortalecidos para a harmonização do arcabouço normativo do Direito Sucessório, já que, como diz Miragem, "esta noção de incompletude do sistema legitima a adoção de soluções que complete o direito a partir de outras fontes normartivas."[50]

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. *Direito das sucessões*. V. II, São Paulo, ed. Brasiliense, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa que constitui ao mesmo tempo o sujeito titular e o ponto de referência objetivo de relação". PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

48 Adotamos o termo *Pós-Modernidade* neste trabalho, conforme Boaventura De Souza Santos, Zigmunt Bauman, dentre outros, muito embora seja importante destacar, como coloca Hall, que outros autores se utilizam de outras expressões conhecidas para tratar da questão, como: Modernidade Tardia (Stuart Hall), Segundo Estágio Moderno (Beck), Estágio Final Moderno (Giddens), Supramoderno (Balandier), mas cientes de que, como refere Bhabha, não há uma superação ou progresso em direção ao paraíso terrestre.

49 BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 26.

50 MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 84.

CÂMARA dos Deputados. *PL n. 276/2007*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231> Acesso em: 1 maio 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil: família e sucessões*. V. 5. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões.* 6. volume. 22. ed., rev., atual. e ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Nelson Pinto. *Da colação no direito civil e no direito civil comparado.* São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 7: direito das sucessões.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil, volume XXI: do direito das sucessões (Arts. 1.784 a 2.027).* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Comentários ao novo código civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do biodireito. In: CFM. *Bioética.* V. 8, n. 2 – 2000. Brasília: 2000.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 35. ed. V. 6, atualização de Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 7.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Editora Método, V. 6, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

VELOSO, Zeno; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao código civil: direito das sucessões.* V. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das sucessões*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRECEDENTES CITADOS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento N. 70047657929, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento N. 70043664226, Oitava Câmara Cível, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 15/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N. 70038620316, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N. 70028524627, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/08/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N. 70039325527, Décima Nona Câmara Cível, Relator: Carlos Rafael dos Santos Júnior, Julgado em 12/07/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N. 70040638892, Sétima Câmara Cível, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 14/12/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento N. 70043664226, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 15/09/2011.

Vânia Möller
editoração eletrônica
51 3209.5044 - 9705.7605
vaniamoller@terra.com.br

Revisão: Caren Capaverde

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. – Valer Livraria – Fone/fax: (92) 3633-6565
Editora Vozes Ltda. – Fone: (92) 3232-5777
BAHIA / SERGIPE – LDM – Livraria e Distribuidora Multicampi Ltda. – Fone: (71) 2101-8000
CEARÁ – Livraria Marques Mariano Ltda. Lua Nova – Fones: (85) 3223-4336 / 3214-5488
DISTRITO FEDERAL – J. Quinderé Distribuidora de Livros Ltda. – Fones: (61) 3347-8461 / 3347-7386
Livraria Cultura S/A – Casapark Shopping Center – Fone: (61) 3410-4033
Editora Vozes Ltda. – Fone: (61) 3326-2436
GOIÁS – Editora Vozes Ltda. – Fone: (62) 225-3077
ESPÍRITO SANTO – Representações Paulista Ltda. – Logos Livraria – Fone: (27) 3137-2568
MINAS GERAIS – Alpha Distribuidora de Livros Ltda. – Fones: (31) 3497-9179 / 3497-1939
PARAÍBA – UFPB – Universidade Federal Paraíba – Casa do Livro – Fone/fax: (83) 3216-7327
PARANÁ – Aramis Chain – Fone: (41) 3264-3484
Berton & Cosmo Ltda. – Fone/fax: (41) 3213-5600
Editora Vozes Ltda. – Fone/fax: (41) 3233-1392
PERNAMBUCO – Potylivros Distribuidora Ltda. – Fone/fax: (81) 3423-1100
Livraria Cultura S/A – Fone: (81) 2102-4033
Editora Vozes Ltda. – Fone: (81) 3423-4100
RIO DE JANEIRO – Mazolli & Assis Comércio de Livros Ltda. – Odisséia – Fones: (21) 2290-0873 / 2290-1305
Livraria da Travessa S/A – Ipanema – Fone: (21) 3205-9002 Ramais: 247 e 239
Editora Vozes Ltda. – Fone/fax (21) 2533-8358
RIO GRANDE DO NORTE – Potylivros Distribuidora Ltda. – Fone/fax: (84) 3203-2626
RIO GRANDE DO SUL – Multilivro Distribuidora e Livraria Ltda. – Fones: (51) 3223-7363 / 3223-6622
Livraria Cultura S/A – Bourbon Shopping Country – Fone: (51) 3028-4033
SANTA CATARINA – Livraria Livros & Livros Ltda. – Fone/fax: (48) 3028-6244
SÃO PAULO – Batatais Comércio e Represent. de Livros Ltda. – Fones (11) 3266-3097 / 3266-2976
Empório do Livro Editora e Livraria Ltda. – Fones: (11) 3255-1447 / 3151-6401
EDUSP – Editora Universidade de São Paulo – Fone: (11) 3091-4409
Lerlivros Distribuidora Ltda. – Potyguar – Fone: (11) 3828-2423
Livraria Cultura S/A – Conjunto Nacional – Fone: (11) 3170-4033
Livraria Cultura S/A – Shopping Villa Lobos – Fone: (11) 3024-3599
Livraria Cultura S/A – Market Place – Fone: (11) 3474-4033
TOCANTINS – S.G.Vieira – Livraria Palmas Cultural – Fones: (63) 3215-3123 / 3225-5217

Editora Sulina
www.editorasulina.com.br