

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 389.

(ano VII)

(07/07/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO	
COLUNISTA DO DIA	
	07/07/2015 João Baptista Herkenhoff » Guarda-Sorriso
ARTIGOS	
07/07/2015 Douglas Pereira da Silva » A situação jurídica do oficial da reserva não remunerada: status de civil, a quem a lei concedeu uma patente militar?	
07/07/2015 Indyanara cristina Pini » A responsabilidade civil do cônjuge no divórcio: possibilidades de imputação de indenização	
07/07/2015 Isaias Cantidiano de Oliveira Neto » O Ministério Público e a ressocialização	
07/07/2015 Bruno Joviniano de Santana Silva » Comutação retroativa: Imperativo de justiça e legítimo direito adquirido	
07/07/2015 Tauã Lima Verdán Rangel » O Reconhecimento dos Direitos Linguísticos como desdobramentos dos Direitos de Terceira Dimensão	
MONOGRAFIA	
07/07/2015 Sarah Alves Martins » Direito sucessório do cônjuge sobrevivente de acordo com o regime de bens	

GUARDA-SORRISO

JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF: Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-Docente da Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-doutoramentos na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos da América, e na Universidade de Rouen, França. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito aposentado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados do Espírito Santo. Membro da Associação de Juristas pela Integração da América Latina. Membro da Associação "Juizes para a Democracia". Membro da Associação Internacional de Direito Penal (França). Autor de 39 livros e trabalhos publicados ou apresentados no Exterior, comunicações em congressos, palestras, intervenções em debates, trabalhos inseridos em obras coletivas, na França, nos Estados Unidos, no Canadá, no México, na Nicarágua, na Argentina.

Vitória não é uma grande metrópole mas, mesmo assim, as pessoas desaparecem. Onde estará um guarda de trânsito que, por tratar os motoristas e cidadãos em geral com extrema delicadeza, era chamado *Guarda-Sorriso*?

Eu o vi numa audiência há quatro décadas, quando ainda exercia a função de Juiz de Direito, e nunca mais voltei a encontrá-lo.

Nessa audiência o Guarda-Sorriso compareceu como vítima, pois fora desacatado por uma moça que o chamou de guardinha. Essa moça, no horário do rush, sendo péssima motorista, foi sucessivamente multada pelo guarda porque sucessivamente cometeu infrações. O veículo sofreu um problema mecânico. Tentando safar-se da situação embaraçosa, parou o carro onde não podia parar, deu marcha a ré indevido, avançou quando não podia avançar, provocou uma balbúrdia no trânsito. Ao receber as multas, corretamente aplicadas, a infratora chamou o Guarda-Sorriso de guardinha, um procedimento desrespeitoso e injusto.

À face da lei, a moça deveria ser condenada nas sanções do artigo 331 do Código Penal, assim redigido:

“Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. Detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.”

A acusada, arrimo de família, tinha feito um concurso público, foi aprovada e estava para ser nomeada. A condenação, ainda que na pena mínima (multa), impediria a nomeação. A multa administrativa não gera este efeito, mas a multa criminal sim.

O Guarda-Sorriso, demonstrando a altitude de sua nobreza, pediu que a acusada fosse absolvida porque, além de tudo que já constara dos autos, a Mãe de sua agressora era idosa e estava enferma.

Como agir à face do caso concreto:

a) condenar a acusada e lhe fechar o futuro?

b) absolvê-la e atender o pedido de clemência do Guarda-Sorriso?

c) a piedade da vítima demonstrou grandeza espiritual mas não era juridicamente procedente, pois se tratava de uma ação pública; a injúria não alcançava apenas a pessoa do guarda, mas também a função que desempenhava como agente do Estado; desprezar então a lei naquele caso concreto?

Pareceu-me que não seria justo destruir o futuro da moça e alcançar com a sentença as pessoas que dela dependiam financeiramente. De fato, o perdão do ofendido não extinguiu o delito mas seria ilógico desprezá-lo. Lavrei decisão absolutória.

Tantos anos depois, fico a meditar.

Era preciso que houvesse muitos guardas-sorriso, muitos homens-sorriso, muitas crianças-sorriso, para tornar menos agreste este mundo tão tenso, tão competitivo, tão cruel.

Esteja você onde estiver, receba Guarda-Sorriso José Geraldo Morais minha palavra de admiração.

A SITUA O JURÍDICA DO OFICIAL DA RESERVA NÃO REMUNERADA: STATUS DE CIVIL, A QUEM A LEI CONCEDEU UMA PATENTE MILITAR?

DOUGLAS PEREIRA DA SILVA: Gradua o em Curso de Forma o de Oficiais pela Academia Policial Militar do Guatup  (1994), gradua o em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2009), com aprova o no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, possui também gradua o em Administra o pela Faculdade Estadual de Ciências Econ micas de Apucarana (1998) e mestrando em políticas públicas pela Universidade Estadual de Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase no Direito Administrativo Militar e Polícia Judiciária Militar. Tem experiência no setor público, principalmente em gestão de pessoas e projetos.

I- Considera es iniciais

A discussão sobre a condi o jurídica dos oficiais da reserva não remunerada não   meramente acad mica, mas também de amplo interesse prático tendo em vista diversas circunstâncias fáticas que envolvem essa classe de “militares”, principalmente no campo penal militar e administrativo militar.

Cabe aqui lembrar que o posto   o grau hierárquico do oficial e “Patente   o título que comprova a nomea o do militar para determinado posto da hierarquia” (MAXIMILIANO, 1954, p. 254). Tanto o posto, quanto a patente somente serão perdidas pelo oficial, nos casos expressos na Constitui o Federal (art. 142,   3 , incisos VI e VII).

Primeiramente   importante destacar o contido no Estatuto dos Militares (Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980):

Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

§ 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) na ativa:

I - os de carreira;

II - os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos;

III - os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados;

IV - os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e

V - em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas.

b) na inatividade:

I - os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; e

II - os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União.

III - os da reserva remunerada, e, excepcionalmente, os reformados, executado tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada. (Redação dada pela Lei nº 9.442, de 14.3.1997) (Vide Decreto nº 4.307, de 20020).

§ 2º Os militares de carreira são os da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade assegurada ou presumida. (g. n.).

Como os militares se encontram ou na ativa; ou na inatividade e lei não contempla o militar da reserva não remunerada em nenhuma das situações, a única conclusão possível que se pode extrair da lei é que **o militar da reserva não remunerada não é um militar, ao menos legalmente**. Em outras palavras o que a lei quer dizer é que o “militar” da reserva não remunerada é um civil.

II- A situação do militar da reserva não remunerada quanto a questões disciplinares

O Regulamento Disciplinar do Exército estabelece textualmente que estão sujeitos àquele regulamento os militares da ativa, da reserva

remunerada e os reformados (RDE-2002, art. 2º). Por exclusão, **os militares da reserva não remunerada não estão sujeitos ao regulamento**. Isso porque os militares da reserva não remunerada são considerados como civis, na interpretação do artigo 3º, do Estatuto dos Militares.

Quanto ao Conselho de Justificação, a legislação correspondente descreve que:

*O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas - **militar de carreira** - para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. Parágrafo único. **O Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra (Lei n. 5.836, de 05-12-1972, art. 1º, g. n.).***

Observe que a Lei exclui o militar da reserva não remunerada.

Em complemento a legislação existente, o Decreto n. 4.502, de 09-12-2002, que aprova o Regulamento para o Corpo de Oficiais da Reserva do Exército - R-68 especifica que:

*Art. 5º A Reserva de 2ª Classe é constituída por:
[...]*

*Parágrafo único. **Os integrantes da Reserva de 2ª Classe são da reserva não remunerada e, após***

convocados, considerados militares temporários da ativa, só voltando a compor a Reserva de 2ª Classe quando excluídos do serviço ativo (g. n.).

Note que para o regulamento, os militares da reserva não remunerada, integrantes da Reserva de 2ª Classe (R/2) são considerados militares, somente depois de convocados.

III- Licenciamento a bem da disciplina e exclusão da reserva não remunerada pela perda do posto e da patente

O licenciamento a bem da disciplina e exclusão da reserva não remunerada pela perda do posto e da patente são institutos diferentes: o primeiro (licenciamento) é uma punição disciplinar prevista no Regulamento Disciplinar do Exército, já a exclusão da reserva não remunerada pela perda do posto e da patente é uma punição decorrente do julgamento de um processo ético-moral, com a participação do tribunal competente (Superior Tribunal Militar).

Quanto ao licenciamento dos oficiais “temporários” prescreve o regulamento (Decreto n. 4.502, de 09-12-2002):

Art. 32. O licenciamento do serviço ativo dos oficiais e aspirantes-a-oficial temporários se efetua:

I - a pedido; ou

II - ex officio.

[...]

§ 2º O licenciamento ex officio será efetuado:

I - por término de período de convocação ou de prorrogação do tempo de serviço;

II - por conveniência do serviço;

III - quando o oficial ou aspirante-a-oficial temporário passar a exercer cargo ou emprego público permanente, estranho à sua situação de militar temporário do Exército; e

IV - a bem da disciplina, conforme previsto no Regulamento Disciplinar do Exército.

§ 3º O licenciamento previsto no inciso II do § 2º deste artigo cabe ao comandante de RM e nos demais casos aos comandantes, chefes ou diretores de OM.

[.....].

Quanto ao licenciamento a bem da disciplina ele será aplicado pelo Comandante do Exército ou comandante, chefe ou diretor de organização militar **aos oficiais da reserva não remunerada, quando convocados**, no caso de condenação com sentença transitada em julgado por crime doloso, comum ou militar (RDE-2002, art. 32, § 2º). Ou ainda, o licenciamento a bem da disciplina poderá ser **aplicado aos oficiais da reserva não remunerada, quando convocados**, e praças sem estabilidade, em virtude de condenação por crime militar ou comum culposo, com sentença transitada em julgado, a critério do Comandante do Exército ou comandante, chefe ou diretor de OM (RDE-2002, art. 32, § 3º).

No caso de licenciado “ex officio” a bem da disciplina, o licenciado receberá o certificado de isenção do serviço militar, previsto na

legislação que trata do serviço militar (Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 121, § 5º). Entretanto, nesse caso específico, embora o militar seja desligado do serviço ativo, ele não mais comporá a reserva não remunerada (Decreto n. 4.502, de 09-12-2002, art. 8º, VI). Tal forma de licenciamento mesmo decorrendo de sentença criminal transitada em julgado, deve ser motivada:

ADMINISTRATIVO - MILITAR TEMPORÁRIO - LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA - ATO MOTIVADO - SINDICÂNCIA - NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1 - O militar temporário pode ser licenciado sem motivação. Se o licenciamento deu-se a bem da disciplina, ato motivado, vinculado, sujeita-se à apuração da veracidade, obedecido o devido processo legal - due process of law.

2 - Precedentes (REsp. nº 260181/RJ, Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA e ROMS nº 11194/PE, Min. FERNANDO GONÇALVES).

2 - Recurso que se conhece, nos termos acima expostos, porém desprovido.

(REsp 250.566/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 470)

Um último aspecto deve ser ressaltado: o licenciamento a bem da disciplina não significa, necessariamente, a perda do posto e patente dos

oficiais porque “os oficiais e aspirantes-a-oficial temporários, quando licenciados, conservarão o mesmo posto em que se encontravam na ativa” (Decreto n. 4.502, de 09-12-2002, art. 33). A norma não faz qualquer exceção quanto à forma de licenciamento, constante no artigo 32 do mesmo Decreto (onde se inclui o licenciamento a bem da disciplina). Tal situação é perfeitamente compreensível, mesmo porque a perda do posto e patente dos oficiais ocorre em casos específicos, previstos na Constituição Federal.

Diferente do licenciamento a bem da disciplina acima destacado, existe a exclusão da reserva não remunerada, em decorrência da perda do posto e patente dos oficiais (Decreto n. 4.502, de 09-12-2002, art. 36, inciso II). Nesse caso, devem-se observar as normas constitucionais e a legislação que regem o caso, especificamente o contido no Decreto n. 4.502, de 09-12-2002:

Art. 39. Aos oficiais R/1 e aos oficiais e aspirantes-a-oficial R/2 e R/3, convocados para o serviço ativo, aplica-se o estabelecido no Estatuto dos Militares, no tocante à perda do posto e da patente.

Parágrafo único. O aspirante-a-oficial temporário, licenciado a bem da disciplina, perderá o grau hierárquico e receberá o Certificado de Isenção Militar previsto na legislação que trata do Serviço Militar.

Art. 40. A perda do posto e da patente do oficial temporário, em decorrência de ter sido julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível pelo Superior Tribunal Militar, será efetivada pelo Chefe do DGP e o ex-oficial receberá a Certidão de Situação Militar prevista na legislação que trata do Serviço Militar.

Parágrafo único. A perda do grau hierárquico dos aspirantes-a-oficial temporários será efetivada pelo comandante de RM.

Observe que ocorrendo a de perda de posto e patente do oficial é caso de exclusão da Reserva de 2ª Classe (R/2), no caso dos oficiais integrantes da reserva não remunerada, quando convocados para o serviço ativo. Em relação a eles note que apenas quando convocados para o serviço ativo, aplica-se o estabelecido no Estatuto dos Militares, no tocante à perda do posto e da patente.

IV- A questão constitucional

O Conselho de Justificação das Forças Armadas é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas – “militar de carreira”, para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

O referido processo pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

(Lei n. 5.836, de 05-12-1972, art. 1º). Ao indicar apenas o “militar de carreira” a Lei exclui por completo o “militar temporário”.

Noutro aspecto, a Constituição Federal de 1988, dispõe:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...].

§ 3º

*I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas **em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados**, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

[...]

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de

caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior.

[...].

Dessa forma é considerada não recepcionada pela Constituição Federal a expressão “militar de carreira”, constante na Lei do Conselho de Justificação das Forças Armadas, porque, em certos casos, ocorrerá a perda de posto e patente dos oficiais, inclusive dos chamados “temporários”, e a única forma desse fato se operar é através do pronunciamento do tribunal competente, no julgamento dos autos de Conselho de Justificação. Portanto o militar da reserva não remunerada quando convocado é considerado militar em “serviço ativo” e, embora, continue “temporário” deve ser submetido ao Conselho de Justificação, se incidir numas das hipóteses da lei.

Outro aspecto constitucional relevante é a situação jurídica do militar da reserva não remunerada, enquanto permanecer nessa situação de reserva. A Constituição Federal ao discriminar que aos membros das Forças Armadas são denominados militares, e que as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos

oficiais da ativa, da reserva ou reformados, não fez qualquer distinção entre militares da reserva remunerada e militares da reserva não remunerada (CF-88, art. 142, § 3º, I).

As constituições anteriores também não se preocuparam em fazer tal distinção, discriminando apenas que as patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, são asseguradas em toda a plenitude, aos oficiais da ativa e da reserva como aos reformados, bem como, discriminando também que os títulos, postos e uniformes militares são privativos dos militares da ativa, da reserva ou reformados (CF-1934, art. 165, § 3º, CF-1946, art. 182, § 1º e CF-1967, art. 94, § 1º).

No entanto, pela interpretação do artigo 3º do Estatuto dos Militares chegar-se à conclusão que o militar da reserva não remunerada é um civil, onde os direitos atinentes ao posto não surtem efeitos jurídicos. Em complemento o Regulamento Disciplinar do Exército prescreve que o militar da reserva não remunerada não está sujeito ao regulamento disciplinar (RDE-2002, art. 2º) e a Lei do Conselho de Justificação dos Oficiais das Forças Armadas também não alcança o militar da reserva não remunerada (Lei n. 5.836, de 05-12-1972, art. 1º) e, pro fim, prescreve o regulamento que os oficiais e aspirantes-a-oficial da reserva não remunerada usarão uniformes militares somente quando incluídos no serviço ativo (Decreto n. 4.502, de 09-12-2002, art. 46).

Observe então que toda a legislação infraconstitucional parte da premissa que a Constituição Federal, ao detalhar os direitos e deveres decorrentes do posto e da patente, somente se refere aos militares da ativa, aos da reserva remunerada e aos reformados.

V- Questões jurisprudenciais controversas

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar é no sentido de que militar demitido “ex officio”, por tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, conforme previsão constitucional e legal (Constituição Federal de 1988, art. 142, § 3º, inciso II, combinado com a lei Federal 6.880, de 09-12-1980, art. 117) não impede o pronunciamento da Justiça Militar quanto a perda de posto e patente, se o processo já tiver sido instaurado anteriormente. Nesse sentido:

EMBARGOS EM CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

I - O Oficial da reserva não remunerada é todo civil a quem se conferiu grau hierárquico de oficial por ato de autoridade competente ao depois confirmado em Carta Patente.

II - A Carta Patente de Oficial valida a submissão de oficial da reserva não remunerada a Conselho de Justificação.

III - Embargos rejeitados por decisão majoritária.

(Num: 2007.01.000196-8 UF: DF Decisão: 30/08/2007, Proc: BEM (FO) – EMBARGOS, Data da Publicação: 04/06/2008, Ministro Relator: Sergio Ernesto Alves Conforto).

A decisão acima mencionada foi por maioria de votos. O principal argumento em favor do voto vencido foi no sentido de perda de

procedibilidade do Conselho de Justificação, tendo em vista a demissão “ex officio” do militar, por tomar posse em cargo público de provimento permanente.

Outro aspecto jurisprudencial relevante é quanto à competência para o julgamento dos militares da reserva não remunerada, nos crimes militares. Eles são considerados militares ou meramente civis? Existem decisões nos dois sentidos:

HABEAS CORPUS. OFICIAL DA RESERVA NÃO REMUNERADA. JULGAMENTO PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

*O Conselho Permanente de Justiça é o órgão competente para julgar integrante da Reserva não Remunerada da Marinha pela prática, em tese, de crime militar. **O Reservista de 2ª Classe da Marinha não ostenta a condição de militar.** A Carta Patente que detém só terá efeito jurídico em caso de convocação. Precedente do STM. Ordem denegada. decisão majoritária”.*

*(Num: 000011-51.2014.7.00.0000 UF: DF
Decisão: 13/05/2014 Proc: HC - HABEAS CORPUS,
data da Publicação: 05/06/2014: Veículo: DJE
Ministro Relator Olympio Pereira da Silva Junior,
Ministro Relator para Acórdão Lúcio Mário de Barros
Góes, g. n.).*

HABEAS CORPUS

I - Conforme a lei e a doutrina, o Oficial da Reserva da 2ª Classe das Forças Armadas, não é militar, sendo considerado civil, quando não prestando serviço militar. II - Conselho Especial de Justiça para a Marinha sorteado para julgar Oficial da Reserva de 2ª Classe da Marinha, que é considerado civil. III - Declarado nulo o Processo desde o sorteio do Conselho Especial de Justiça para a Marinha, determinando-se a remessa dos autos a um Conselho Permanente de Justiça para o Exército para nova apreciação do Feito, dado que há outros denunciados que são praças do Exército. IV - Habeas Corpus conhecido por unanimidade de votos e, por maioria, de ofício, declarado nulo o Feito” (Num: 2009.01.034680-5 UF: DF Decisão: 20/08/2009, HC - HABEAS CORPUS, data da Publicação: 23/09/2009, Ministro Relator Sergio Ernesto Alves Conforto, g. n.).

[.....]

- Por ser portador de Carta Patente, o Oficial da Reserva não remunerada deve ser processado e julgado perante o Conselho Especial de Justiça pelo critério racione personae.

II - Em consequência, é nula a Decisão ora recorrida em virtude de ter sido proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, Órgão julgador manifestamente incompetente para apreciar o presente feito.

Preliminar de nulidade acolhida. decisão majoritária”

*(Num: 0000053-65.2013.7.12.0012 UF: AM
Decisão: 10/09/2013 Proc: RSE - RECURSO EM
SENTIDO ESTRITO, data da Publicação: 23/09/2013:
Veículo: DJE Ministro Relator Lúcio Mário de Barros
Góes Ministro Relator para Acórdão José Coêlho
Ferreira, g. n.)*

As decisões conflitantes, todas majoritárias, surgem de duas correntes: a primeira defende que militar da reserva não remunerada é civil, inclusive para fins de submissão a lei penal militar, no caso de crime militar, podendo ser julgado pelo Conselho Permanente; e outra corrente defende que o militar da reserva não remunerada, como detentor de carta patente, deve ser submetido a processo decorrente dessa situação (Conselho Especial).

O último acórdão destaca que o militar da reserva não remunerada deve ser submetido a processo que reconheça a prerrogativa do posto (no caso o Conselho Especial, conforme previsto no artigo 23 da Lei n. 8.457, de 04-09- 1992). A decisão apresenta uma grave incoerência, porque o militar da reserva não remunerada não pode

ser submetido ao Conselho de Justificação para perda do posto e da patente (a lei não prevê tal hipótese).

Dessa forma haveria o reconhecimento de efeitos jurídicos decorrentes do posto e da patente (prerrogativa de julgamento pelo Conselho Especial), embora não haja previsão legal para que ocorra a perda do posto e da patente do militar da reserva não remunerada (*contradictio inadjecto*). Somente se for convocado ao serviço ativo é que ele se sujeitaria às normas para a perda do posto e da patente.

VI-Considerações finais

A condição jurídica do militar da reserva é de civil, a quem a lei concedeu uma patente militar. Na qualidade de militar da reserva não remunerada, é como os direitos e deveres inerentes ao posto e à carta patente permanecem em condição suspensiva, inertes. No entanto, com a convocação ao serviço ativo os direitos e deveres se manifestariam. Por isso, a perda do posto e da carta patente somente ocorrerá, se o militar for convocado para o serviço ativo e incidir numa das hipóteses constante na constituição e nas leis que regulam a matéria. Enquanto permanecer na reserva não remunerada trata-se de apenas uma honraria, sem qualquer efeito jurídico.

Quando a Constituição Federal refere-se aos direitos, às prerrogativas, aos deveres inerentes às patentes e que essas patentes são asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, a expressão “reserva” deve abranger somente os militares da reserva remunerada.

O próprio Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula n. 55, editou-a nos seguintes termos: “militar da reserva está sujeito à pena disciplinar” (Sessão plenária de 13-12-1963, publicação: Imprensa Nacional, 1964, p. 51). Observe que o termo “reserva” constante na súmula somente se refere aos militares da reserva remunerada, porque militar da reserva não remunerada não se sujeita ao regulamento disciplinar.

Portanto, assim como especificado na Constituição Federal, como na Súmula do STF a melhor interpretação é de que o termo “reserva” somente se refere aos militares da reserva remunerada. É nesse sentido que toda a legislação infraconstitucional, que rege a situação jurídica do militar da reserva não remunerada se apóia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm, acesso em 22-06-2015.

_____. **Constituição Federal de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm, acesso em 22-06-2015.

_____. **Constituição Federal de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm, acesso em 22-06-2015.

BRASIL. Lei n. 5.836, de 05-12-1972, dispõe sobre o Conselho de Justificação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5836.htm, acesso em 20-06-2015.

_____. **Decreto n. 71.500, de 05-12-1972**, dispõe sobre o Conselho de Disciplina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d71500.htm, acesso em 20-06-2015.

_____. **Lei n. 6.880, de 09-12-1980**, Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm, acesso em 20-06-2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05-10-1988. Diário Oficial da União n. 191-A, de 05-10-1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 20-06-2015.

_____. **Lei n. 8.457, 04-09-1992**, Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L8457.htm, acesso em 22-06-2015.

_____. **Decreto n. 4.346**, de 26-08-2002. Diário Oficial da União 27-08-2002. Regulamento Disciplinar do Exército. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm, acesso em 20-06-2015.

_____. **Decreto 4.502, de 09-12-2002**, aprova o Regulamento para o Corpo de Oficiais da Reserva do Exército Brasileiro - R-68. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4502.htm, acesso em 20-06-2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça: **REsp 250.566/RS**, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quinta Turma, julgado em 25-06-2004, DJ 02-08-2004, p. 470. Disp. em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=476703&num_registro=200000217158&data=20040802&formato=PDF, acesso em 20-06-2015.

_____. Superior Tribunal Militar: **Num: 2007.01.000196-8** UF: DF Decisão: 30-08-2007, Embargos, Data da Publicação: 04-06-2008, Ministro Relator: Sergio Ernesto Alves Conforto. Disponível em: <http://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2007/160/01.0001968/01.0001968.pdf>, acesso em 20-06-2015.

_____. Superior Tribunal Militar: **Num: 0000011-51.2014.7.00.0000** UF: DF Decisão: 13-05-2014 Proc: HC - HABEAS CORPUS, data da Publicação: 05-06-2014: Veículo: DJE Ministro Relator Olympio Pereira da Silva Junior, Ministro Relator para Acórdão: Lúcio Mário de Barros Góes. Disponível em: <http://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2014/180/10353780/10353780.pdf>, acesso em 20-06-2015.

_____. Superior Tribunal Militar: **Num: 2009.01.034680-5** UF: DF Decisão: 20/08/2009, HC - HABEAS CORPUS, data da Publicação: 23/09/2009, Ministro Relator Sergio Ernesto Alves Conforto. Disponível em: <http://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2009/180/01.0346805/01.0346805.pdf>, acesso em 21-06-2015.

_____. Superior Tribunal Militar: **Num: 0000053-65.2013.7.12.0012** UF: AM Decisão: 10/09/2013 Proc: RSE - RECURSO

EM SENTIDO ESTRITO, data da Publicação: 23/09/2013: Veículo: DJE
Ministro Relator Lúcio Mário de Barros Góes Ministro Relator para
Acórdão José Coêlho Ferreira. Disponível em:
<http://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2013/310/10003069/10003069.pdf>, acesso em 21-06-2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira de 1946**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CÔNJUGE NO DIVÓRCIO: POSSIBILIDADES DE IMPUTAÇÃO DE INDENIZAÇÃO

Indyanara Cristina Pini^[1]
Neilaine Januário Rocha^[2]

RESUMO: O presente trabalho trata da temática da responsabilidade civil que pode ser configurada no divórcio. Procura-se debater os princípios norteadores do casamento previsto no Código Civil, a discussão acerca da imputação ou não da culpa a um dos consortes e ainda as possibilidades de alguns atos de um dos consortes, tornarem-se matérias passíveis de ensejar indenização a título de danos morais, materiais e estéticos.

Palavras-chave: Casamento, Divórcio, Dano Moral, Reparação.

ABSTRACT: This paper deals with the issue of liability that can be configured in divorce. Seeks to discuss the guiding principles of the marriage provisions of the Civil Code, the discussion about the allocation of blame or not to one of the consorts and even the possibility of some acts of one of the consorts, become insusceptible subjects give rise to indemnity for moral, material and aesthetic damage.

Keywords: Marriage, Divorce, Moral Damage, Repair.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A DISCUSSÃO ACERCA DA CULPA NO DIVÓRCIO APÓS A EC 66/2010; 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO MARITAL; 3.1. Reparação de danos por quebra de fidelidade; 3.2. A reparação dos danos por infidelidade virtual; 3.3. A reparação de danos pela conduta violenta entre cônjuges. Exegese da Lei Maria da Penha; 4. CONCLUSÃO; 5. BIBLIOGRAFIA.

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar as situações que ensejam a responsabilidade civil no que concerne ao divórcio. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família deixou o caráter eminentemente patrimonialista como era difundido pelo Código Civil de 1.916 e tornou-se uma entidade, com a devida tutela do Estado, e ainda baseada em princípios norteadores de afeto.

O Código Civil de 2002, por sua vez, repetindo algumas das características concernentes ao matrimônio previsto no Códex de 1916, trouxe a fidelidade como princípio norteador da relação à fidelidade entre os cônjuges.

A doutrina e a jurisprudência hodierna, por sua vez, tratam de tutelar as relações conjugais e quando da caracterização de ofensa à honra e a imagem de um dos cônjuges, impõe sanção de cunho reparatório de ilícito civil, aplicando-se as disposições concernentes da Responsabilidade Civil das demais relações contratuais.

Ante tais disposições, serão analisadas as situações referentes a infidelidade e violência doméstica que são passíveis de, havendo sua configuração, serem reparadas na órbita do dano moral.

2. A discussão acerca da culpa no divórcio após a EC 66/2010

Um dos maiores problemas surgidos com a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010 refere-se à viabilidade jurídica de discussão da culpa para dissolver o casamento em sede de ação de

divórcio. Em poucos anos de sua entrada em vigor, a inovação gerou o surgimento de uma *Torre de Babel doutrinária* a respeito da problemática. O debate, as reflexões e o tempo devem sanar tais dificuldades. Pelo menos, é o que se espera (TARTUCE, 2014, p. 228).

A discussão que trazemos a baila tem como fundamento o fato de que, a Emenda Constitucional visou dar celeridade ao divórcio dos cônjuges, não mais sendo necessário existir a separação judicial por mais de um ano para só após ser declarado o divórcio, por exemplo, evitando criar maiores desgastes a relação dos cônjuges mesmo após o fim do afeto.

Em razão desta celeridade trazida pela Emenda Constitucional, parte majoritária da doutrina defende que, havendo a possibilidade de se discutir a culpa de um dos cônjuges na ação de divórcio, tal fato irá gerar uma injustificada demora para se por fim ao vínculo conjugal.

Nada obstante, conforme defendido pelos Eméritos doutrinadores que compõem o IBDFAM, a discussão acerca da culpa no divórcio é impossível, não só em razão da morosidade processual que ocasionaria, mas principalmente pelos seguintes pontos:

A nova redação da norma constitucional tem a virtude de por cobro à exigência de comprovação da culpa do outro cônjuge e de tempo mínimo. O divórcio, em que se convertia a separação judicial

litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimento decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal em detrimento, sobretudo da formação dos filhos comuns. (...) O divórcio sem a culpa já tinha sido contemplado na redação originária do § 6º do art. 226, ainda que dependente de requisito temporal. A nova redação vai além, quando exclui a conversão da separação judicial, deixando para trás a judicialização das histórias pungentes dos desencontros sentimentais. O direito deixa para a história da família brasileira essa experiência decepcionante de alimentação dos conflitos, além das soluções degradantes proporcionadas pelo requisito da culpa. Os direitos legítimos eram aviltados em razão da culpa do cônjuge pela separação (...) Frise-se que o direito brasileiro atual está a demonstrar que a culpa na separação conjugal gradativamente perdeu as consequências jurídicas que provocava(...) (Divórcio... disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigosartigo=629>. *Apud* TARTUCE, 2014, p. 228, 9).

Da análise do artigo supracitado, percebe-se que a culpa tem sido rechaçada perante a doutrina não somente pela demora processual

que causaria tal discussão, mas também pelos reflexos negativos, outrora trazidos diante de sua imputação, a vivência salutar dos cônjuges divorciados e principalmente pelo interesse dos filhos havidos desta relação, que consideravelmente sofriam os reflexos da imputação.

Contudo, apesar de se tratar de uma corrente majoritária, a que veda a discussão da culpa em sede da ação de divórcio, há ainda uma corrente minoritária que defende a discussão de tal situação, conforme se depreende da imperiosa lição de Flávio Tartuce:

Para uma segunda corrente, minoritária até o presente momento, ainda é viável e possível à discussão da culpa para a dissolução do casamento. A essa corrente está filiado este autor, que entende por tal viabilidade em algumas raras situações, mantendo-se um modelo dualista, com e sem culpa, como ocorre com outros ramos do Direito Civil, caso do Direito Contratual e da responsabilidade civil. Por esse caminho de conclusão, o divórcio poderá ser *litigioso* – com a pretensão de imputação de culpa – ou *consensual* – sem discussão de culpa (TARTUCE, 2014, p. 230).

Ora, da leitura inteligível da lição imperiosa do Flávio Tartuce, percebe-se que não serão necessariamente todas as ações de divórcio onde será invocado o instituto da culpa, calcando-se, portanto, na existência de um modelo dualístico, donde em cada situação será

analisada pelos próprios cônjuges e a demanda versará sob seus próprios anseios.

Inobstante, sem a possibilidade da culpa, como ficaria a questão da responsabilidade civil decorrente do casamento, gerando o dever de indenizar dos cônjuges? Inexistindo a possibilidade da discussão da culpa no âmbito do divórcio, como ficaria as situações onde houve, no âmbito familiar a violência doméstica, transmissão de graves doenças sexuais, existência de famílias paralelas com repercussões sociais?

Neste diapasão, mais uma vez, faz-se imperiosa a elucidação da lição de Flávio Tartuce:

A segunda premissa relaciona-se ao conceito de culpa, primaz para a intersecção que aqui se propõe, um conceito unificador do sistema de responsabilidade civil. A culpa tem sentido amplo, ou *lato sensu*, ainda consta como fundamento do ato ilícito, previsto no art, 186 do atual Código Civil, pelo qual este é cometido por aquele que, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligencia ou imperícia (culpa em sentido estrito, ou *stricto sensu*), violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. A responsabilidade civil também está, em geral, fundada na culpa pela menção ao ato ilícito que consta no art. 927, *caput*, do Código de 2002.

Voltando à fundamental discussão quanto à *segunda premissa*, é imperiosa a conclusão no sentido de que a culpa do ato ilícito e da responsabilidade civil é a mesma culpa motivadora do fim do casamento. Ambas trazem concepção do desrespeito a um dever preexistente(...).

Por tal conclusão, no sentido de que as duas culpas são as mesmas, surge um contraponto em relação àqueles que pretendem a extinção total da culpa nas ações de divórcio. Se a culpa será analisada para os fins de responsabilização civil – como se verifica –, também o pode ser para pôr fim ao casamento. (...) Em suma, é possível cumular a ação de divórcio com responsabilidade civil, correndo a demanda na Vara de Família (TARTUCE, 2014, p.253).

Isto posto em sede de responsabilização civil no âmbito do divórcio, não há como desvincular a cumulação da discussão da culpa de um dos cônjuges, como preceitua a majoritária doutrina pelos motivos elencados, quais sejam o desgaste e a morosidade da demanda. Far-se-á imperiosa a missão do Magistrado, inclusive, em agilizar o divórcio dos demandantes e após, seguir o feito para a discussão do dever de indenizar.

3. A responsabilidade civil no âmbito marital

No curso da convivência de homem e mulher, unidos ou não pelo vínculo do casamento, podem ser praticados atos que extrapolam os limites do normal e aceitável e que tragam ao outro cônjuge ou companheiro prejuízos materiais e imateriais. Com o rompimento do casamento pelo divórcio ou pelo desfazimento da união de fato podem ser trazidas à baila condutas que mereçam a reprimenda indenizatória por danos materiais ou imateriais. Em princípio, toda a responsabilidade civil decorre do art. 186^[3]: injúria, calúnia, sevícia, adultério ou qualquer outra infração que traduza um ato danoso na relação entre o homem e a mulher seguem a regra geral de responsabilidade civil. Ocorrendo o dano, surge o dever de indenizar (VENOSA, 2010, p. 319).

A indenização a título de danos morais busca a reparação de danos de ordem eminentemente íntimas, sendo neste ponto o ressarcimento pela dor, angústia, humilhação e a aflição sofrida pela vítima.

Neste escopo, a indenização por dano moral dentro do instituto do divórcio busca compensar o real sofrimento do cônjuge que teve sua honra conjugal ferida, por situações várias, conforme disposto na lição de Venosa e que, após a declaração do divórcio poderá ser

devidamente indenizado pela situação e prejuízos de ordem psíquica e mesmo material decorrente do dano.

(...) sempre que ocorrer ofensa aos direitos da personalidade, que causem no ofendido aflições, humilhações ou profunda dor íntima, haverá um dano de natureza não patrimonial e o conseqüente dever de indenizar (...) portanto, é inegável que o abalo ou as lesões ocorridas no círculo familiar acarretam o surgimento de dores íntimas, a justificar a reparação por danos morais”(REIS, 1998, p. 59).

Passaremos agora a elucidar três das várias situações que são passíveis de gerar a obrigação de indenizar um dos cônjuges pelos danos morais ocasionados.

3.1. Reparação de danos por quebra de fidelidade

O dever de fidelidade está consagrado no atual Código Civil[4], assim como também o era no Código de 1916[5]. Tem-se por definição de fidelidade a qualidade daquele que é fiel, lealdade, firmeza, exatidão nos compromissos, probidade, honestidade nos deveres e obrigações contraídos.

Impende, contudo destacar que tratamos de infidelidade, não mais de adultério, crime inclusive revogado pela lei 11.106/2005.

A partir de agora, faz-se mister esclarecer que a mera infidelidade, sem maiores repercussões sociais, por si só, não é passível de ensejar o dever de reparar danos ou prejuízos. Neste sentido, inclusive, tem versado o entendimento dos Tribunais pátrios[6] e também de uma parte relevante da doutrina, posto que, simplesmente a quebra da

fidelidade vista como ensejadora de reparação de danos, tornaria as ações de divórcio palco de revanches do cônjuge traído, o que, de certa forma, tornaria o montante indenizatório tão somente moeda de troca, com único escopo de ferir o cônjuge culpado.

Por tais razões, deverá o Juiz analisar friamente a situação aludida pelos cônjuges quando a ação de divórcio é cumulada com pedido de indenização a título de dano moral decorrentes de infidelidade, analisando o cotejo fático e probatório, a fim de que possa concluir pela existência ou não do dano moral não se embasando simplesmente na alegação do cônjuge ofendido.[\[7\]](#)

Neste sentido, destacam-se as lições de Paulo Lôbo e Maria Celina Bodin Moraes, respectivamente:

“os valores hoje dominantes não reputam importante para a manutenção da sociedade conjugal esse dever, que faz do casamento não uma comunhão de afetos e interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra o outro, quando o relacionamento chega ao fim” (LOBO, 2008, p. 120 *apud* TARTUCE).

“O mesmo se diga acerca do descumprimento do chamado débito conjugal e da infidelidade, circunstâncias normalmente intoleráveis para a manutenção da vida em comum. Qual seria o remédio jurídico para tais violações de deveres

conjugais? Caberia dano moral puro, como de tantas se sustenta? Acredito que o único remédio cabível seja a separação do casal em razão da ruptura da vida em comum. É evidente que se vierem acompanhadas de violência física ou moral, de humilhação contínua diante de terceiro ou dos próprios filhos, nos encontraremos no âmbito do ilícito e haverá responsabilização pelo dano moral infligido” (MORAES, 2004, p. 411 *apud* TARTUCE).

Nesta esteira, perceptível que para que haja a imputação da obrigação de reparação de danos em decorrência de infidelidade deverá haver robusta prova de que um dos cônjuges restou abalado diante da situação, tendo sido exposta a situação vexatória, de humilhação. Afinal, é importante salientar que o dano moral em sede da vida marital não será configurado *in re ipsa*.

Contudo, em algumas situações de maior gravidade, justifica-se plenamente a incidência das regras da responsabilidade civil desde que preenchidos os seus requisitos: a conduta humana; a culpa em sentido amplo – a englobar o dolo (intenção de prejudicar) ou a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia); o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo. A ilustrar, o Tribunal Paulista concluiu pela existência de danos morais quando se comprova a traição, bem como a

existência de uma filha extraconjugal, gerando graves repercussões sociais e desequilíbrio familiar^[8] (TARTUCE, 2014, p. 262,3).

Nada obstante, a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis também geram a obrigação de indenizar o cônjuge que foi molestado pela doença, pois na maioria das vezes, esse tipo de doenças é adquirida em atos de infidelidade. Neste caso, inclusive, independentemente da doença ter sido transmitida por dolo ou culpa, o dever de indenizar ainda assim será imputado. O que será variável nestas situações será o *quantum* indenizatório.

Tal situação, será mais uma daquelas elencadas no item 2, do presente trabalho, onde a culpa será atribuída não só para por fim a sociedade conjugal, como também para a imputação do dever de indenizar, motivo pelo qual, mais uma vez, é bastante perceptível a necessidade de ser possível a discussão de culpa em sede de divórcio.

Nesta seara, eram comuns as demandas donde a concubina do cônjuge culpado também figurava no polo passivo da demanda. Contudo, o STJ, por meio do Informativo n. 415 refutou tal situação, posto que o dever de fidelidade é tão somente do cônjuge, e não de um terceiro envolvido.^[9]

Assim, de breve síntese, conclui-se que para que haja o dever de indenizar ante a situação de infidelidade deve ser efetivamente comprovada à existência de danos morais, por meio de conjunto probatório e não somente pela mera afirmação de configuração do dano.

3.2. A reparação dos danos por infidelidade virtual

O Direito Digital ou Eletrônico ainda está em vias de formação, como qualquer ciência relacionada à grande rede, a *internet*. A via digital repercute diretamente na orbita civil, influenciando os contratos, o direito de propriedade, de responsabilidade civil e, por óbvio, as relações familiares que constituem a base da sociedade, conforme enunciado no art. 226, *caput*, da Constituição Federal.

Contudo, a infidelidade virtual, assim como a infidelidade do tópico anterior, não será passível de indenização por sua simples ocorrência. Deverá a situação gerar repercussões lesivas ante a personalidade de um dos consortes.

Todavia, a matéria tem sido divergente nos julgados, pois, alguns Juízes posicionam-se no sentido de que a matéria probatória da traição virtual é obtida por meio ilícito, visto que a investigação por si viola os preceitos constitucionais no que tange sob a tutela da intimidade. *In reversu*, encontramos julgados que dispõe ser lícita a prova produzida, conquanto que, tratando-se de um computador de uso comum, o cônjuge infiel não se opunha ao acesso de terceiros.

Neste contexto, traz-se a baila duas situações narradas por Flávio Tartuce referente a julgados que se contrapõe em relação às situações supracitadas. O primeiro trata-se de uma sentença, proferida pelo Juiz Jansen Fialho de Almeida, j. 21.05.2008, TJDF[10], enquanto

que o segundo é um recurso de apelação, prolatado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.[\[11\]](#)

Após a análise dos casos trazidos à baila, finaliza o iminente Flávio Tartuce:

Outros julgados devem surgir no futuro, em segundas e superiores instâncias. Nesse ponto de destaque, o diálogo interdisciplinar é ferramenta para solucionar os emergentes casos de difícil solução, entrando em cada cena, o Direito de Família, a responsabilidade civil e o Direito Digital (TARTUCE, 2014, p. 273).

Do que se depreende, a situação da reparação de danos decorrente da infidelidade virtual ainda é matéria bastante recente e de pouca discussão em nossos Tribunais, motivo pelo qual, ainda não podemos destacar uma doutrina e julgados majoritários diante deste tema.

Entretanto, do avanço cibernético e sua popularização a cada dia, miscigenando jovens, adultos e idosos, que vivem multiconectados, será questão não tão longínqua para se discutir com maior precisão e diante de maiores juízos de valor.

3.3. A reparação de danos pela conduta violenta entre cônjuges. Exegese da Lei Maria da Penha.

A lei 11.340/2006 nasceu para coibir a prática de violência doméstica sofrida por tantas mulheres, vitimadas por agressões de ordem física e moral de seus esposos ou companheiros. Todavia, é

sabido que não se chamou Lei Maria da Penha por mero acaso, mas sim por ter nascido diante das reiteradas práticas de violência sofridas por Maria da Penha Maia Fernandes, que inclusive, como consequência de uma delas, ficou paraplégica.

Quando o Presidente Lula sancionou a Lei 11.340/2006, chamou-a Lei Maria da Penha e disse: *Esta mulher renasceu das cinzas para se transformar em um símbolo da luta contra a violência doméstica no nosso país* (DIAS, 2012, p. 15).

Muito embora seja um discurso revestido de belas palavras, a lei só fora efetivamente promulgada pouco mais de 23 (vinte e três) após o início das investigações de seu caso e ainda, diante de grandes apelos inclusive no cenário internacional.

Dentre as medidas protetivas para a abstenção das agressões sofridas pela vítima, no art. 22[12] da referida Lei encontramos o rol daquelas que obrigam o agressor a se afastar do lar, aproximação da ofendida, dentre outras.

Impende destacar que não será somente na seara penal que tal lei repercutirá, gerando efeitos também no âmbito civil, seja pela reparação dos danos causados a título de danos morais, materiais e também estéticos ou ainda aqueles previstos ainda no art. 24[13] da lei, que objetiva impedir o marido violento de cometer fraudes e ilícitos contratuais a fim de prejudicar a meação ou o patrimônio da própria esposa.

É fato que, ao lado de medidas que repercutem no Direito Penal a Lei Maria da Penha também traz remédios civis relativos à responsabilização civil do agressor, amparando o princípio da reparação integral dos danos segundo o qual todos os prejuízos suportados pela vítima da violência doméstica devem ser reparados. Além da reparação de danos, a lei 11.340/2006 traz à disposição de mulher medidas de urgência para afastar o agressor, mecanismos que se cumulam sem afastar a possibilidade de responsabilização civil (TARTUCE, 2014, p. 274,5).

Neste diapasão, faz-se necessário trazer a tona julgados donde se verifica a condenação do homem pela violência praticada, não só a título de reparação por danos morais, mas também por danos estéticos e materiais, posto que, muitas vezes, as agressões sofridas deixam sequelas físicas em algumas mulheres, ante as reiteradas práticas e ainda a força física do agressor eminentemente superior a da mulher.[\[14\]](#)

Cumpra destacar ainda que a lei não versa tão somente no âmbito do casamento, podendo ser configurada na união estável, namoro, relações homoafetivas, pois não é necessário tão somente que se divida o mesmo teto com o agressor, mas que exista relação de afeto entre os envolvidos. Neste contexto:

A lei 11.340/2006 é claro exemplo de norma de tutela dos vulneráveis, realidade corriqueira na pós-modernidade, sendo tratadas como tais as mulheres que estão sob violência doméstica. É um comando legal que se situa na segunda parte da isonomia constitucional, na especialidade, retirada da máxima pela qual a lei deve tratar de maneira desigual os desiguais de acordo com as suas desigualdades. Nesse contexto, não há qualquer inconstitucionalidade na norma, que vem recebendo pela jurisprudência superior uma interpretação extensiva, a incluir, além das pessoas casadas ou que vivem em união estável, os namorados (STJ, informativo nº 374, HC 92.875-RS, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada pelo TJ-MG), j. 30.10.2008).

Diante destas análises, percebemos que a integridade física da mulher no âmbito da relação familiar também é matéria passível de indenização, tais quais as demais aqui citadas, que, por suas próprias naturezas, infringem de certo modo os dispositivos do Código Civil, no tocante a relação marital.

Talvez, de todas as outras situações ensejadoras da obrigação de indenizar no que concerne ao divórcio, a da violência doméstica seja a mais importante delas, posto que, a infidelidade dos cônjuges podem, por vezes, derivar do desgaste rotineiro da relação e a indenização

pleiteada, por vezes, torna-se tão somente sede de vingança do traído. Todavia, a violência doméstica efetivamente deixa sérios riscos, sejam só de ordem moral, de ordem física, estética e ainda familiar, no que concerne a relação do agressor com seus filhos, que assistem tais práticas, o dever de indenizar se mostra mais que uma reparação, mas principalmente uma punição ao agressor, tendo caráter pedagógico, da forma como as demais indenizações no âmbito da responsabilidade civil.

4. Conclusão

Da análise da temática é possível concluir que há a possibilidade de inúmeros atos praticados pelos consortes passíveis de ensejar a responsabilidade civil. Contudo, para que haja tal imputação, será preciso a existência de comprovação cabal de que houve, diante do ato de um dos cônjuges, ofensa a honra, a integridade psíquica, e repercussão social.

Das situações pesquisadas, percebe-se que a maior incidência do pedido de reparação a título de danos morais se dá quando um dos cônjuges é descoberto em uma relação extraconjugal. Inclusive, tal situação demonstra que o Magistrado, quando da análise dos casos narrados, deverá buscar o máximo possível de provas materiais levadas a demanda para verificar se existe a obrigação de indenizar ou se a situação se trata tão somente de uma tentativa de vingança do cônjuge vítima da traição.

Apesar de, após a EC 66/2010 ter sido a imputação de culpa no que concerne ao divórcio retirada de pauta, analisando os casos

expostos verifica-se a impossibilidade de atendimento a pretensão da reparação de danos sem que haja a discussão acerca da culpa.

Nada obstante, conclui-se ainda que a responsabilidade civil quando apurada na violência doméstica, além da reparação tão somente por danos morais, poderá ensejar cumulativamente as reparações a título de danos estéticos e materiais, posto que em muitas das vezes, as vítimas das agressões, além dos danos de ordem psíquica sofrem também danos de ordem física, que, por vezes, não são sequer possíveis de reparação que não seja a pecuniária.

5. Bibliografia

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3ª ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5. Direito de Família**. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

Notas:

[1] Graduanda em Direito pela Faculdade Arthur Thomas/PR. Estagiária Cível e Administrativa no Escritório de Advocacia “Ferreira e Cantuária Advogados Associados” em Londrina/PR. Monitora do Curso

de Direito de Família e Sucessões do 8º Período da Faculdade Arthur Thomas de Londrina/PR.

[2] [2] Graduada em Direito pela Faculdade Arthur Thomas/PR. Estagiária Cível e Administrativa no Escritório de Advocacia “Ferreira e Cantuária Advogados Associados” em Londrina/PR.

[3] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[4] Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

[5] Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

I. Fidelidade recíproca.

[6] Apelação civil. Ação de divórcio litigioso direto. Indenização por dano moral. Cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada. Agravo retido desprovido. Cabe ao julgador apreciar, com base no artigo 130 do Código de Processo Civil, quais as provas necessárias para a instrução do feito, sendo-lhe facultado o indeferimento daquelas que entenda inúteis ou então protelatórias. Infidelidade. Dano moral. Descabimento. A apelante pretende a condenação do apelado ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da conduta ilícita do apelado: infidelidade, isto é, relação extraconjugal do apelado com a mãe e tia da apelante. Esta corte entende que a quebra de um dos deveres inerentes ao casamento, à fidelidade, não gera o dever de indenizar. Além disso, não evidenciada a ocorrência dos alegados danos morais, porque os fatos delituosos de infidelidade não são recentes, nem são a causa direta do divórcio movido pelo apelado. A apelante somente veio alegar os danos decorrentes da

infidelidade do apelado, em reconvenção, na ação de divórcio direto ajuizada pelo apelado, quando já está separada de fato do apelado a mais de três anos e já convivendo com outro companheiro. Preliminar rejeitada, e agravo retido e recurso de apelação desprovidos (TJRS, acórdão 70023479264, Santa Maria, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 16.07.2008, DOERS 22.07.2008, p. 34).

[7] DIREITO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO LITIGIOSA CONVERTIDA EM DIVÓRCIO C/C PEDIDO DE GUARDA, ALIMENTOS, PARTILHA DE BENS E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACORDO ENTABULADO NO DECORRER DA LIDE ACERCA DA GUARDA E DOS ALIMENTOS DA MENOR, ALÉM DA DIVISÃO DE PARTE DOS BENS DO CASAL. PROSSEGUIMENTO DA LIDE NO QUE PERTINE AO ABALO ANÍMICO E À PARTILHA DA RESIDÊNCIA EDIFICADA APÓS O CASAMENTO. APELO DA AUTORA. **DANO MORAL. PRETENDIDO CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DE INFIDELIDADE DO VARÃO NÃO DEMONSTRADA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE NÃO ASSEGURAM A OCORRÊNCIA DA SUPOSTA TRAIÇÃO DURANTE A CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO.** APELO DO RÉU. MEAÇÃO DA CASA CONSTRUÍDA DURANTE A CONVIVÊNCIA. SUBSTRATO PROBATÓRIO QUE ASSEGURA QUE O IMÓVEL FOI EDIFICADO COM RECURSOS EXCLUSIVOS DA CÔNJUGE VIRAGO, ORIUNDOS DE HERANÇA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1658 E 1659 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS. **1. Em sede de demanda colimando o**

divórcio do casal, se a alegada infidelidade do marido não for segura e convincentemente demonstrada, o pedido reparatório por dano moral, consequentemente, não merece acolhimento. 2. Em restando provado que a residência em litígio foi edificada apenas com recursos de um dos consortes, obtidos através de herança, não pode ser ela incluída na partilha, dado que o casamento foi celebrado com comunhão parcial de bens (TJ-SC - AC: 20120532164 SC 2012.053216-4 (Acórdão), Relator: Eládio Torret Rocha, Data de Julgamento: 27/02/2013, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado).

[8] Separação judicial. Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autor reconvido seja condenado no pagamento de indenização por danos morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria. Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida. Inteligência dos arts. 1566, inciso I, e 1573, inciso I, do Código Civil. Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos. Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal. Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes. Separação do casal por culpa do autor reconvido corretamente decretada. Caracterização de dano moral indenizável. Comportamento do autor reconvido que se revelou reprovável, ocasionando a ré reconvincente sofrimento e humilhação, e com repercussão na esfera moral. Indenização fixada em R\$ 45.000,00. Alimentos. Recurso provido (TJSP, Apelação com revisão 539.390.4/9, Acórdão 2.644.741, São Paulo, 1ª Câmara de

Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 10.06.2008, DJESP 23.06.2008).

[9] Danos morais. Cumpre-se. Esposa adúltera. *In casu*, o recorrente ajuizou ação indenizatória em face do recorrido pleiteando danos morais sobre a alegação de que este manteve com a esposa daquele relacionamento amoroso, por quase dez anos, daí nascendo uma filha, que acreditava ser sua, mas depois constatou que a paternidade era do recorrido. O pedido foi julgado procedente em primeiro grau, sendo, contudo, reformado na apelação. Assim, a questão jurídica circunscreve-se a existência ou não de ato ilícito na manutenção de relações sexuais com a ex-mulher do autor, ora recorrente, em decorrência das quais foi concebida a filha erroneamente registrada. Para o Min. Rel., não existe, na hipótese, a ilicitude jurídica pretendida, sem a qual não se há falar em responsabilidade civil subjetiva. É que o conceito – até mesmo intuitivo – de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual do qual resulta dano para outrem e não há, no ordenamento jurídico pátrio, norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. O casamento, tanto como instituição quanto contrato *sui generis*, somente produz efeitos em relação aos celebrantes e seus familiares, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Desse modo, no caso em questão, não há como o judiciário impor um ‘não fazer’ ao réu, decorrendo disso a impossibilidade de indenizar o ato por inexistência de norma posta – legal e não moral – que assim determine. De outra parte, não há que se falar em solidariedade do recorrido por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do recorrente, tendo em vista que o art. 942, *caput* e § único do Código Civil

vigente (art. 1518 do Código Civil/1916) somente tem aplica o quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. Com esses fundamentos, entre outros, a turma não conheceu do recurso. Precedente citado: REsp 742.137-RJDJ 29.10.2007 (STJ, REsp 1.122.547-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.11.2009).

[10] Direito civil. A o de indeniza o. Dano moral. Descumprimento dos deveres conjugais. Infidelidade. Sexo virtual (internet). Comentários difamatórios. Ofensa a honra subjetiva do cônjuge traído. Dever de indenizar. Exegese dos arts. 186 e 1566 do Código Civil de 2002. Pedido julgado procedente. (TJDF, sentença proferida pelo Juiz Jansen Fialho de Almeida, j. 21.05.2008).

A esposa promoveu a demanda alegando a quebra dos deveres conjugais e pleiteou indeniza o no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Alegou a autora da a o que foi casada durante nove anos com o réu, separando-se de fato em maio de 2000, diante de uma grave crise que acometia o relacionamento. Sustentou, ainda, que acreditava que o casamento ainda poderia dar certo, uma vez que o marido dizia não querer a separa o. Contudo, certo dia, descobriu a esposa, no computador do marido, uma correspondência eletr nica trocada entre ele e outra mulher, a demonstrar a existência de um relacionamento paralelo com uma amante ou concubina. Conforme a decisão, a esposa descreveu que “por viajar muito para Goiânia, para encontrar com sua amante, o requerido passou a faltar com a assistência material e imaterial devida a ela e ao filho, na constância do casamento, o que a fez passar por diversas crises financeiras”. Acresce que na constância do casamento, não continuou seu

estudo, abrindo mão da carreira profissional para que o marido pudesse fazer seu curso de mestrado, uma vez que a renda dos dois não era suficiente para financiar a melhoria cultural de ambos (...). Aduz que nos ‘emails’ trocados, ele relata para a amante a sua vida íntima com a autora e de seu filho, violando direito a privacidade. Tais atitudes lhe fizeram sofrer, tendo que passar por acompanhamento psicológico, por atingirem sua honra subjetiva e seus direitos personalíssimos, o que enseja o pagamento de indenização pelos ilícitos cometidos. O marido alegou em sua defesa que a prova obtida digitalmente era ilícita, uma vez que foram subtraídas sem a sua devida autorização. Refutou também o argumento da quebra de assistência material, pois conforme reconhecido pela própria autora na ação de divórcio por ele ajuizada, após sair de casa passou a contribuir, inicialmente, com R\$ 1.200,00 mensais a título de pensão alimentícia. Em seguida, passou a R\$ 1.000,00 e depois a R\$ 900,00, uma vez que pagaria outras três pensões alimentícias. O marido, réu da ação, ainda argumentou que durante a vida em comum os dois tinham uma “cumplicidade salutar, segura, amorosa. Eram inegavelmente pobres e lutaram com dificuldades para elevarem seu nível social, tendo ocorrido a deterioração da relação, e que jamais fez qualquer declaração em público que pudesse denegrir a imagem da autora. Esclarece ser a própria quem mostra as correspondências as outras pessoas, fazendo-se de vítima e denegrindo sua imagem perante a sociedade”. Como o marido não negou a existência do relacionamento paralelo e das mensagens eletrônicas, concluiu o julgador pelo desrespeito ao dever de fidelidade recíproca (art. 1566, inciso I do Código Civil). Além disso, entendeu que como o computador seria de uso da família, poderia a esposa acessá-lo, não se

podendo falar em prova ilícita ou ilegal. E arrematou: “Logo, se o autor gravou os ‘emails’ trocados com sua amante em arquivos no computador de uso comum, não se importava de que outros tivessem acesso a seu conteúdo, ou, no mínimo, não teve o cuidado necessário (...). Ainda que se imagine que a autora acessou o próprio correio eletrônico do requerido, só poderia tê-lo feito mediante o uso de senha. Se a possuía, é porque tinha autorização de seu ex-marido. Cumpria-lhe ter provado de que os arquivos não estavam no computador da família; que ela não possuía a senha de acesso ao seu correio eletrônico; ou, ainda, que obteve por meio de invasão aos seus arquivos sigilosos, para configurar a quebra de sigilo. Não o fez. Aplica-se o princípio do ônus da prova, estipulado no art. 333, inciso II, do CPC”.

[11] Apelação Cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Infidelidade virtual. Descumprimento do dever do casamento. Prova obtida por meio ilícito. Princípio da proporcionalidade. Preponderância do direito a intimidade e a vida privada. O dever de reparar o dano advindo da prática de ato ilícito, tratando-se de ação baseada na responsabilidade civil subjetiva, regada pelo art. 927 do Código Civil, exige o exame da questão com base nos pressupostos da matéria, quais sejam, a ação/omissão, a culpa, o nexo causal e o resultado danoso. Para que obtenha êxito na sua ação indenizatória, ao autor impõe-se juntar aos autos elementos que comprovem a presença de tais elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva. Ainda que descumprido o dever fidelidade do casamento, a comprovação de tal situação não pode ocorrer a qualquer preço, sobrepondo-se aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, devendo cada caso

submeter-se a um juízo de ponderação, sob pena de estar preterindo bem jurídico de maior valia, considerado no contexto maior da sociedade. A prova, a princípio considerada ilícita, poderá ser admitida no Processo Civil e utilizada, tanto pelo autor, quanto pelo réu, desde que analisada a luz do princípio da proporcionalidade, ponderando-se os interesses em jogo na busca da justiça do caso concreto. E procedendo-se tal exame na hipótese versada nos autos, não há como admitir-se como lícita a prova então coligiada, porquanto viola direito fundamental a intimidade e a vida privada dos demandados. Precedentes do STF e do STJ. Apelo desprovido.” (TJRS, Apelação Civil 12159-82.2011.8.21.7000, Erechin, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. 30.03.2011, DJERS 12.04.2011).

[12] Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da [Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#);

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no [caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#), o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos [§§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 \(Código de Processo Civil\)](#).

[13] Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

[14] Ação de indenização por danos materiais, estéticos e morais. Responsabilidade civil. Comprovação do dano moral e estético. Queimaduras de segundo e terceiro grau por grande extensão do corpo. Ato ilícito e nexo causal. Elementos dos autos. Histórico de violência doméstica. A responsabilidade civil era regulamentada pelo Código Civil de 1916 – aplicável ao caso sob julgamento, uma vez que o acidente ocorreu em 08/12/2001, anterior, portanto, a vigência do Código Civil/2002 –, mais precisamente em seu art. 159, ao dispor que ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano’.

Assim, se estiverem presentes todos os requisitos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, o ato ilícito, o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre o dano suportado pela vítima e o ato ilícito praticado, impõe-se a obrigação de indenizar. Sabe-se que a agressão contra a mulher se desenvolve de forma cíclica, com a sucessão de discussões e agressões – essas cada vez mais graves – são seguidas por uma fase de reconciliação, na qual o ofensor alega a arrependimento ou muda temporariamente seu comportamento, passando a ser mais carinhoso. Tal contexto envolve geralmente uma relação psicológica complexa entre as partes que não se pode perder de vista. Vez que o contexto da relação de união estável demonstra um histórico de violência doméstica, reputando-se demonstrados, a luz dos demais elementos de convencimento a culpa do agente, o ilícito praticado e o nexo causal (TJMG, Apelação Civil 1.0145.06.301317-4/0011, Juiz de Fora, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Eupídio Donizette, j. 17.06.2008, DJMG 03.07.2008).

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A RESSOCIALIZAÇÃO

ISAIAS CANTIDIANO DE OLIVEIRA NETO: Discente da Faculdade de Direito - AGES, estagiário no Balcão de Justiça e Cidadania - Fátima-BA, interesse de atuação: Direito Civil e Previdenciário.

RESUMO: O Estado Democrático de Direito surge para a busca da pacificação e da organização da vida em uma sociedade/comunidade. Para isso, é necessária a criação de órgãos e entidades, poderes, distintos e com autonomia administrativa em respeito ao princípio da repartição dos poderes. O Ministério Público além de agir como titular para a propositura de Ações Penais Públicas dentre outras atribuições, é importante frisar sua atuação como fiscal da Lei. É certo que no Brasil a prisão é exceção, pois a regra é a liberdade, tanto que hoje, com o aumento da criminalidade ou com os olhos da mídia para estas reportagens paira uma incessante luta social por leis menos brandas, todavia, o que ocorre é que se tem um sistema falho donde não são respeitados princípios básicos e que dentro das “imundas” prisões brasileiras, ao invés de saírem renovados para sociedade, saem com sede de uma vingança real.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Ministério Público; Ressocialização.

1 INTRODUÇÃO

A evolução humana passa por uma incessante produção de objetivos diferentes onde o poder capitalista acaba despertando desejos midiáticos com suas infinitas marcas, o ser humano é dotado de um dos

principais pecados capitais, a inveja e com o cerco social cada vez mais pesado pra aqueles que não buscam de alguma forma se organizar e estudar ou trabalhar para se adequarem as exigências sociais acabam entrando no mundo do crime.

É certo que já ficou comprovado que o meio não interfere somente para a formação do pensamento e das tomadas de decisões pelo homem. Contudo tem uma interferência mediana junto com a herança genética e formação familiar, a família sem dúvida é uma base primordial de aquisição de personalidade social adequada, o amor, o afeto, a proteção integral dada pela Constituição da República de 1988 propicia que a criança cresça em um ambiente saudável para que se torne um adulto sociável.

Todavia, nos deparamos mais uma vez com a beleza das Leis brasileiras, já que, se a Constituição da República de 1988 fosse realmente aplicada como a mesma dita, tudo seria perfeito, logicamente haveria crime, mas em uma pequena e imperceptível estatística. Contudo, o Estado Democrático de Direito, infelizmente sofre do maior mal que a humanidade está enfrentando, o câncer da Democracia, uma doença que faz com que a desigualdade social cresça cada dia mais, a corrupção “que tira do pobre e do rico e leva para o bolso dos políticos”.

Dessa forma, hoje o problema do falho sistema carcerário do país é justamente em decorrência de falhas em todos os poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo em vista a não criação de leis que incentivem o trabalho dentro das prisões, que não exijam dos poderes executivo e judiciário o cumprimento das medidas de proteção

aos direitos fundamentais de mínima condição humana onde cadeias superlotadas, com presos de todas as espécies “juntos e misturados”, ou seja, existe uma lei em que a prisão é exceção e mesmo sendo exceção o sistema não consegue comporta e trazer de volta para sociedade indivíduos que praticaram delitos.

E, infelizmente o que se tem hoje é literalmente a tentativa Estatal de tentar reduzir a miséria endurecendo a punição como preceitua Loïc Wacquant (1999, p. 10), “[...] a redefinição das missões do Estado, que, em toda parte, se retira da arena econômica e afirma a necessidade de reduzir seu papel social e de ampliar, endurecendo-a, sua intervenção penal”.

2 MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público, diz o art. 127 da CR/88.

Art. 127. 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.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no [art. 169](#), propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso

público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do [§ 3º](#).

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do [§ 3º](#), o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

Segundo Tourinho Filho (2013, p. 415), “a palavra Ministério Público vem do latim *ministerium, i*, que significa o ofício do *minister; ri* (servidor), vale dizer, o ofício do servidor”. Terce Tourinho Filho (2013), que o Ministério Público traz a ideia de um órgão incumbido de defender os interesses da sociedade, seja na área penal, em que é intensa sua atividade, seja no campo extrapenal, em que não menos incansável é sua tarefa na luta por interesses individuais e indisponíveis.

O Ministério Público ao longo dos anos buscou por sua autonomia e liberdade administrativa, alcançada no Brasil a um bom tempo. Hoje, sem dúvida é um dos mais concretos e confiáveis poderes em busca da efetivação de direitos e paz social, nesse norte afirma Tourinho Filho (2013, p. 419), “incumbe ao Ministério Público uma tríplice atividade: a defesa da ordem jurídica, a do regime democrático e a dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

3 GARANTIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como dito anteriormente o Ministério Público hoje é uma das entidades mais fortes e organizadas do Brasil, principalmente no combate a corrupção, para que isso ocorra, é certo que este deve ser revestido por diversas garantias e estas são previstas na própria Constituição da República de 1988, ou seja, norma maior de onde emana todo o poder Estatal e organizacional, desta forma, são algumas garantias como: vitaliciedade, ingresso, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, para melhor esclarecimento far-se-á necessário os apontamentos do brilhante Escritor Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 418).

Dispõe a Constituição, no art. 129, § 3º (com redação dada pela EC n. 45/2004), que os membros

do Ministério Público terão acesso à carreira por meio de concurso público de provas e títulos, desde que contem, no mínimo, 3 anos de atividade jurídica, assegurada a participação da OAB em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação. Determina, também, no art. 128, § 5º, I, *a*, que os membros do Ministério Público, após 2 anos de exercício, não podem perder o cargo, senão por sentença judicial transitada em julgado. Dispõe, ainda, serem irredutíveis seus vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II e III, e 153, § 2º, I (cf. art. 128, § 5º, I, *c*, da CF). Por último, estabelece a CF a inamovibilidade dos membros do Ministério Público, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada a ampla defesa.

Esta premissa de garantias é totalmente justa e certa, haja vista o poder investigativo que o Ministério Público tem. Recentemente o poder legislativo em conluio com os políticos corruptos tentaram derrubar o poder investigativo do Ministério Público em se tratando de crimes contra a administração pública, o que não conseguiram.

Todavia, esta liberdade e autonomia do órgão do Ministério Público faz com que estes se sintam a vontade para lutar pelo direito dos presos junto as entidades administrativas com o poder de condenar os

municípios a construção de locais com mais qualidade e infraestrutura, assegurando direitos coletivos e indisponíveis, a dignidade da pessoa humana, a saúde, a salubridade, a uma vida digna, contudo, infelizmente não é o que se vê, pois existe uma carência de profissionais em todas as áreas no Brasil.

4 EVOLUÇÃO DA PRISÃO NO BRASIL

Antes de tudo, surge o questionamento do que é prisão, qual sua finalidade, porque existe, é necessária, como está surgindo e evoluiu ao longo da evolução social.

No sentido penal, a prisão constitui instrumento coercitivo estatal decorrente da aplicação de uma sanção penal transitada em julgado.

E no sentido processual, a prisão constitui instrumento cautelar de que se vale o juiz no processo para impedir novos delitos pelo acusado, aplicar a sanção penal ou para evitar a fuga do processado, além de outros motivos e circunstâncias ocorrentes em cada caso concreto. (CANTO, 2000 p. 12).

Antes de adentrar no critério evolutivo é importante frisar a tendência brasileira da pós-modernidade de política de endurecimento das penas, aponta Loïc Wacquant (1999, p. 5), que “Depois, a insegurança criminal no Brasil tem a particularidade de não ser atenuada, mas nitidamente agravada pela intervenção das forças da ordem”.

Em tais condições, desenvolver o Estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres. (WACQUANT, 1999, p.6).

Após essa pequena crítica, passa-se ao estudo do surgimento e evolução da prisão no Brasil, Dilton Ávila (2000, p. 12) afirma que, “As instituições penais originaram-se por exigência do próprio homem, pela necessidade de um ordenamento coercitivo que assegurasse a paz e a tranquilidade em sua convivência com os demais seres humanos. Trata-se de uma imposição do próprio relacionamento inerente ao contrato social”.

Como toda batalha evolucionista sempre contem as diferentes classes, não era diferente com a prisão do passado e a de hoje também, percebe-se muitas vezes em operações da Polícia Civil e também do Ministério Público as regalias de muitos presos no Brasil, onde, em alguns casos se encontram: televisores, geladeiras, sons, enfim. Inclusive até cerveja e comida da melhor qualidade. No passado não era desta maneira, porém era diferenciada a prisão em duas peculiaridades, o crime praticado e a qualidade da pessoa.

Nos primórdios da colonização o sistema penal brasileiro estava contido nas ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Elas consagravam a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena de acordo com a gravidade do caso e a qualidade da pessoa. Os nobres, em regra, eram punidos com multa; aos peões ficavam reservados os castigos mais pesados e humilhantes. (TELES, 1999, p. 59).

Desta desigualdade absurda, destaca-se a importância e prerrogativa do poder judiciário que mesmo em tempos de grande desigualdade se destacava mostrando o seu papel indispensável como aponta Alexandre Morais da Rosa (2014, p. 124). “No campo penal o manejo do poder no Estado democrático de direito deve ser controlada evidenciando-se a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder Estatal. Para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisa respeitar os direitos fundamentais, apoiando-se numa cultura igualitária”. Ou seja, mesmo o Juiz deve preservar e ser acompanhado por um órgão de superioridade que hoje é o CNJ.

Infelizmente no Brasil a crueldade das penas era pregada, penas não tão boas de serem lembradas, pois eram totalmente esmagadoras de direitos humanos, reduzia o ser humano a um objeto imundo pior que o lixo, penas que iam da morte até a tortura que mutilavam o corpo, corpo incendiado até virar cinza, enfim, é com a melhor exposição de Ney Moura Teles (1999, p. 59).

As penas fundavam-se na crueldade e no terror. Distinguiam-se pela dureza das punições. A pena de morte era aplicada com frequência e sua execução realizava-se com peculiares características, como a morte pelo fogo até ser reduzido a pó e a morte cruel marcada por tormentos, mutilações, marca de fogo, açoites, penas infamantes, degredos e confiscações.

Com o passar dos anos, com a Revolução Francesa que faz fortalecer os Direitos Humanos com os princípios de Igualdade, Fraternidade e Liberdade, com as Constituições brasileiras, passa-se a ver com outros olhos as penas de tortura, enfim. Chega-se a uma nova era do princípio da ampla defesa e do contraditório, da inadmissão de provas obtidas por meios ilícitos, da presunção de inocência e do princípio basilar de todo ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana que se fortalece a cada dia mais em prol do indivíduo e uma das principais características fim desta evolução é a necessidade de ressocialização dos presos, ou seja, que se praticou um crime punível e teve sua sentença penal condenatória transitada em julgado que cumpra na forma da lei, Todavia, o Estado tem que criar todo um aparato para que este saia do ambiente prisional “curado”, ou seja, que ele volte para sociedade e não seja reincidente.

5 A PROBLEMÁTICA DA RESSOCIALIZAÇÃO NO BRASIL

Como visto no decorrer do trabalho foi sempre dito que o sistema para o sistema penal brasileiro a prisão é exceção e a liberdade é

a regra, todavia esta premissa deve ser melhor aplicada em países desenvolvidos onde o Estado garante e oferece aos seus cidadãos qualidade de vida digna com a efetivação dos direitos fundamentais. O que se tem no Brasil hoje é uma gritante desigualdade social onde cada vez mais se vê o crescimento da criminalidade empurrada pelo baixo nível de escolaridade das pessoas, pela má prestação de serviços públicos como segurança e saúde, então o meio, dessa maneira interfere diretamente na cabeça das crianças brasileira, estas crescem vendo traficantes mostrando seus carros de luxo, suas lindas mulheres, seu poderio bélico e acabam vendo nestes o seu futuro, quando na verdade deveria ver no professor, na educação.

Então, o Brasil atual, está buscando de forma errônea uma correção que já deveria ter sido feita há muito tempo, não é com prisão que se melhora a vida social, mas com a efetivação de direitos fundamentais, como a dignidade, a vida, a saúde, a propriedade e a segurança.

E neste contexto de prisão como regra surge o fundamento de o poder que a prisão tem de ressocializar o cidadão que cumpre pena privativa de Liberdade.

O Código Penal foi instituído pelo Decreto-Lei n. 2.848/40, nos termos do art. 180 da Constituição de 1937. Daí em diante sofreu várias alterações, como as de 1977 e 1984, pelas Leis n. 6.416 e 7.209, respectivamente. Esta última, de 13/07/84, com

eficácia a partir de 12/01/85, trata-se do nosso efetivo Código Penal.

O Código Penal de 1984 alterou substancialmente certos aspectos contidos no ordenamento anterior. Dentre as modificações, podemos citar, como relevantes, a figura do arrependimento posterior, a criação de um artigo próprio para a reabilitação e o desaparecimento das penas acessórias. (CANTO, 2000 p. 15-16).

Então, a natureza de ressocialização da pena não vem de hoje e como se vê ela não trouxe boas estatísticas, ou seja, demonstrando a falibilidade do sistema carcerário público do Brasil. Como assevera Alexandre Moraes da Rosa (2014).

A partir da notícia de possível crime, o Estado precisa realizar a apuração preliminar com fim de levantar elementos mínimos de materialidade e indícios de autoria. Do contrário, corre-se o risco de se iniciar a ação penal sem elementos mínimos. A função do IP é levantar elementos de materialidade e autoria da conduta documentos etc. justificando democraticamente a instauração de ação penal (p.104).

Um dos grandes desafios é o de garantir o processo como procedimento em contraditório, no qual as restrições ao confronto, materializador do

devido processo legal substitutivo seja da base de fundamentos legais e compatíveis com a constituição. (p.111).

Hoje, infelizmente o sistema não está apto a investigar com rigidez desde a fase do inquérito, o que acaba em muitas vezes cidadãos que não praticaram delito algum estar encarcerado sem direito a expor seu contraditório e ampla defesa, já que, não é admitido na fase de inquérito policial como entende a doutrina moderna, neste norte a grande dificuldade que se encontra para a aplicabilidade e efetivação da ressocialização é justamente todo o sistema que passa por um colapso estruturante, tanto fisicamente quanto humanamente, já que, seus servidores vivem estupidamente esgotados e acuados pelas más condições de trabalho, por ameaças que presos fazem as suas famílias e muita vez acabam descontando em todos, aponta Pedro Vieira (2010, p. 86) que, “eles pedem, igualmente, que estes lugares se convertam em lugares dignos, que os processos sejam agilizados e que os familiares e visitantes, maltratados pelos agentes de segurança, sejam respeitados. Isso, ou morrer na fome”.

Ou seja, podemos interpretar “eles” como presos e funcionários, já que, ambos sofrem do mesmo mal.

6 A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE CONDIÇÕES PARA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

Com todo o problema apontado no capítulo anterior acerca das dificuldades que o Brasil encontra para a efetivação da aplicação da pena no Brasil, ou seja, não somente efetivação de

que o indivíduo que foi condenado por uma sentença penal condenatória transitada em julgado cumpra-a, mas que este após ter cumprido volte “limpo” para a sociedade, disposto a se adequar a vida sociável, ao trabalho, a constituição de uma família, enfim. Que viva da maneira que bem entender, porém que não concorra a prática de outros delitos e decorrência do respeito ao sistema punitivo brasileiro, mas ao invés de ressocializar, as prisões segundo Wacquant (2004, p. 176) inicia na própria rua a problemática de que “o gueto duplica e reproduz a prisão, construindo outro lugar de exclusão; usa do confinamento que é análogo ao de uma instituição total que desindividualiza e estigmatiza”.

Os custos crescentes do encarceramento e a falta de investimentos no setor por parte da administração pública que geram a consequente superlotação das prisões estão, na base das dificuldades do nosso sistema penitenciário, onde decorrem problemas como a falta de condições necessárias à sobrevivência (falta de higiene, regime alimentar deficiente, falta de leitos); deficiências no serviço médico; elevado índice de consumo de drogas; corrupção; reiterados abusos sexuais; ambiente propício à violência; quase ausência de perspectivas de reintegração social; e inexistência

de uma política ampla e inteligente para o setor (RIBAMAR DA SILVA, 2003, p. 43).

A primeira medida a ser cumprida que é de mais valia e não é, o sistema é tão falho que não consegue agrupar detentos de acordo com a própria disposição da Lei de Execuções Penais que preconiza que o preso deve ser separado conforme o delito praticado e o seu grau de periculosidade, mas o que ocorre é o contrário, presos que cumprem pena por delitos de baixa periculosidade estão em mesmas selas que homicidas em série, traficantes e acabam ludibriados pelo poder persuasivo destes e acabam saindo ainda pior de dentro das prisões.

É necessária a criação de melhores condições, a divisão correta, um processo penal célere, uma varredura processual para descobrir quem está preso e não deveria. Proporcionar condições educacionais e interativas dentro do sistema prisional.

CONCLUSÃO

Infelizmente poderia concluir este trabalho afirmando que o sistema de ressocialização brasileiro é escancaradamente falido. Todavia, todo sistema é passível de recuperação e como foi visto no discorrer deste artigo científico o Ministério Público é um órgão incumbido de preservar o Estado Democrático de Direito e de onde emana o poder no Estado, do povo, que por meio do voto elege seus representantes, então o Ministério Público deve preservar os direitos do povo, já que, o acusado ou condenado não perde seus atributos humanos, para que possa ocorrer a ressocialização este deve ser tratado de maneira

humana, sendo oferecida uma condição de vida a este dentro do sistema prisional.

Como? Os presídios brasileiros deveriam ser equipados principalmente de agentes e funcionários capacitados, psicólogos, médicos e professores, de tudo um pouco, ou seja, aquele indivíduo que cresceu no mundo do crime poderia sair com uma profissão, com uma nova visão de vida que é o fundamento da ressocialização, mas não é o que acontece, infelizmente tem-se convivido com uma imensa ofensa aos direitos humanos, inclusive com utilizações de técnicas de tortura as quais em regra e legalmente foram banidas há anos atrás.

Conclui-se então, que o Ministério Público com todas às suas prerrogativas funcionais não devem somente buscar a condenação, uma critica pesada que se faz é que a maioria dos Representantes do Ministério Público afirma que buscam a justiça, todavia, é sabido que estes mesmos se glorificam com a condenação, ou seja, existe o mito da busca da justiça, quando a maioria busca condenar, jogar na prisão. Reafirmo, o Ministério Público deve estar diretamente dentro das prisões realizando pesquisas, ouvindo detentos, enfim, buscando pelo próprio direito que o preso tem de se ressocializar.

REFERENCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CANTO, Dilton Ávila. **Regime Inicial de Cumprimento de Pena Reclusiva ao Reincidente**. (2000). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC).

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria 1999**. Tradução: André Telles. Data da Digitalização: 2004.

RIBAMAR DA SILVA, José de. **Prisão: Ressocializar para não reincidir**. Monografia, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal - Parte Geral**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol. 2. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMUTAÇÃO RETROATIVA: IMPERATIVO DE JUSTIÇA E LEGÍTIMO DIREITO ADQUIRIDO

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA: Defensor Público. Ex Advogado da Petrobrás. Ex Analista Jurídico do TJDF. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp.

Resumo O presente artigo aborda a temática referente à comutação retroativa. A comutação retroativa é direito adquirido do apenado e mandamento de justiça, por se reconhecer que aquele que já possuía todos os requisitos para gozar da benesse no passado, deve ser contemplado com os benefícios inerentes ao instituto com efeito retroativo. O princípio da celeridade da tutela jurisdicional há de ser observado, não podendo ser sublimado, sob pena de se albergar, em pleno Estado Democrático de Direito, graves injustiças e postergação e supressão indevida de direitos.

Palavras-chave: princípio. justiça. direito adquirido. celeridade. ressocialização. ato jurídico perfeito. justiça.

Abstract: This article focuses on the issue regarding the commutation. This much more than established right of the condoned is an imperative of justice, to recognize that those who already had all the requirements to possess the benefit in the past, must be contemplated with retroactive effect. In the Democratic State, the principle of the timing of judicial actuation can not be reviled, under penalty of consagrate severe injustices and postponement and supression of rights.

Key words: principle. justice. established right. timing. resocialization. perfect legal act. justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito adquirido, ato jurídico perfeito. 3. Consequências extrapenais da violação do princípio da celeridade da tutela jurisdicional 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A comutação é concedida, exclusivamente, por ato do Presidente da República, exteriorizado, mediante Decreto, ou por seus delegatários, nos termos da Constituição Federal e independe de requerimento expresso dos interessados é um típico favor do rei, parafraseando as escrituras sagradas é um dom gratuito do “Rei”. A comutação pressupõe condenação. Todavia, é possível sua decretação, mesmo antes do trânsito em julgado, sob o fundamento de que é permitido aos presos provisórios gozar de benefícios da execução penal. Essa questão é bastante interessante, pois alguém, que está em fase recursal pode ser agraciado com a comutação da pena, podendo o recurso perder o objeto, caso haja a extinção da pena. Nesse caso, a comutação só teria cabimento, caso não houvesse recursos do MP, ou quando o trânsito em julgado houvesse se verificado, em relação à Acusação, pois, nessa situação, não haveria como a sanção aplicada aumentar, sob pena de violação do princípio do *non reformatio in pejus*.

A comutação, numa primeira acepção, consiste em uma redução parcial da pena, que não conduz diretamente a extinção, mas sua aplicação sucessiva pode resultar. Pode a comutação, também, importar na substituição da pena, nesse caso, a eficácia do ato

dependeria de concordância do apenado, ainda que importasse em cumprimento de pena menos branda.

Na verdade, a extinção da punibilidade é matéria de ordem pública, independe de provocação. Assim, seus efeitos são inexoráveis e, como regra, independem de concordância do apenado, salvo hipótese acima exposta. Inusitado seria um apenado querer cumprir sua pena até o final, ou de forma mais gravosa, mesmo com benefício de extinção da pena ou comutação desta. Nessa hipótese insólita, seria o caso de analisar o estado mental do apenado. Brincadeiras à parte, a execução penal é matéria de ordem pública, se o apenado incidiu em alguma hipótese de extinção da pena deve ser imediatamente liberado, pois sua manutenção no cárcere, além de ser grave violação de direito, é deveras custosa para os cofres públicos, sobretudo, por não se tratar de direito individual transacionável.

Noutro giro, em sentido contrário, poder-se-ia sustentar que o apenado reconhecendo sua culpa, quisesse cumprir integralmente sua pena, como uma forma de redenção pessoal da sua alma e como meio de conferir satisfação aos familiares da vítima, informando-lhes que nada mais deve, buscando de forma direta ou indireta obter o perdão destes, estando pronto a se reintegrar à sociedade em paz com sua consciência. É uma espécie de direito ao esquecimento *sui generis* às inversas, ou seja, o reeducando gostaria de ser lembrado não necessariamente pelo ato criminoso que praticou, mas pelo integral cumprimento da pena imposta, punição estatal adequada ao delito cometido, demandando, agora, respeito da sociedade e nova chance para nela se reinserir. Trata-

se de decorrência do princípio da ressocialização, o qual impõe conceder nova chances àqueles, que já se desvencilharam da pena legitimamente, impondo que sejam respeitados, o que abrange a exclusão de antecedente criminal do conhecimento do público, apenas sua manutenção para efeito da administração da justiça.

Esse é um ponto relevante para plena ressocialização. O Poder Judiciário e os Órgãos de Polícia não devem certificar passagens criminais de crimes já integralmente cumpridos, pois isto dificulta o acesso do ressocializando ao mercado formal e termina, por lançar por terra, os esforços, no sentido de reintegrar plenamente o reeducando e estimula ainda, a criação de estigmas e traumas. Não se pode estimular o culto aberrante aos estigmas, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por isso, que tais dados devem ser omitidos, só interessando à própria Justiça, para outros fins, tal como aferir a reincidência, devendo ser mantido em arquivo interno sigiloso, sem acesso ao público.

Todos têm direito de terem suas dívidas lançadas no mar do esquecimento, após o devido adimplemento. O reviver de fatos passados danosos traz dores e aflições não só ao ressocializando, mas também, à vítima e seus familiares, que a todo momento são lembrados da situação de que desejariam esquecer e de que nunca houvesse acontecido.

2. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e indulto retroativo

A comutação consubstanciada, em lei em sentido material, exteriorizada, mediante decreto, consistente em ato infra legal,

elaborado pelo Executivo, diretamente complementar à Constituição não se confundindo com as medidas provisórias, as quais têm força de lei e está sujeito ao crivo do Legislativo e do Judiciário, *a posteriori*. Aliás, na verdade, uma das poucas franquias do Texto Supremo para que o Chefe do Poder Executivo inove na ordem jurídica, sem ingerência do Poder Legislativo, sem prejuízo da competência fiscalizadora deste, caso o ato infra legal exorbite a competência constitucional outorgada, bem como do STF, em sede controle concentrado.

Prossigo aduzindo que o Chefe do Poder Executivo, anualmente, publica um Decreto, geralmente próximo às festas natalinas, perdoando e comutando penas criminais, desde que cumpridos alguns requisitos, razão pela qual convencionou-se chamar de “indultos e comutações natalinos”.

A situação posta em tela é se haveria direito adquirido a obter a concessão da comutação de forma retroativa, isto é, com data retroativa ao momento em que os requisitos foram implementados, quando obviamente não concedido tempestivamente.

Exemplifico. Suponhamos um caso em que um ressocializando, sem cálculo de pena atualizado, ostenta contra si condenação que totaliza 20 anos (concurso formal de crimes), por delitos não hediondos. O apenado, primário, iniciou o cumprimento, em 01.01.2000. Foi progredido ao regime semiaberto, em 30.04.03. Obteve permissão de trabalho externo, mediante bom comportamento e apresentação de carta de emprego, bem como gozou do benefício de saídas temporárias sucessivas. Em 08.02.06, foi alçado ao regime aberto,

em razão do bom comportamento. Nesta data, o total a cumprir era de 13 anos 10 meses e 20 dias. Posteriormente, com a atualização do cálculo de pena, em 20.08.11, descobriu-se que o apenado já fazia *jus* ao benefício de livramento condicional, desde 31.08.06 e à comutação, em 25.12.06.

Nesse caso, caberia da comutação retroativamente, aplicando-se a regra do Decreto Natalino de 2006, ou apenas, caberia a concessão, considerando o Decreto de 2010, isto é, sem efeito retroativo? Respondo.

O apenado possui direito adquirido à concessão da comutação retroativamente, ainda que tal direito seja reconhecido intempestivamente, ou que, posteriormente, deixe de preencher os requisitos, em obséquio ao direito adquirido e ato jurídico perfeito.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), embora não tenha dito expressamente, reconheceu a natureza de direito adquirido da comutação de pena retroativa, ao considerar que, uma vez preenchidos os requisitos para concessão no passado, conforme a lei vigente à época, ou melhor Decreto, deve ser deferida.

De fato, não cabe ao juízo da execução impor requisito novo não previsto no Decreto, inclusive, essa tem sido a tônica em muitos julgados, a análise do cabimento dos benefícios se dá pela ótica exclusiva do Decreto, não podendo o juízo se valer de outros argumentos ou normativos, sobretudo para inviabilizar eventual benefício. Recorrer-se a outros elementos diversos daqueles previstos no Decreto, seria, na verdade, uma inovação nefasta e violadora do direito adquirido, do ato

jurídico perfeito (direito já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou) e da legalidade. Em outro julgado^[i], o STJ consignou expressamente como direito subjetivo de o apenado obter a concessão do benefício, desde que preenchidos os requisitos do Decreto.^[ii]

Como se vê, as relações no Estado Democrático de Direito são regidas pelo princípio da legalidade. Assim, a exigência de requisito não previsto no Decreto, como necessário para concessão da comutação, infringe o referido princípio e afronta a separação de Poderes, primado basilar, para se estabelecer o equilíbrio de forças institucionais.

Reforçando o exposto, vamos à seara Previdenciária, sem qualquer embargo, pois o Direito é um todo coeso e interdependente. O entendimento consolidado das Cortes de Justiça é no sentido de que se o segurado fez os requisitos necessários para concessão de benefício, antes de alteração normativa que imporia novos requisitos mais gravosos, teria direito adquirido ao gozo do benefício, pois o seu direito foi consolidado, com base na lei antiga.

Não se está aqui falando de direito adquirido a regime jurídico algo incabível, conforme entendimento jurisprudencial pacífico. Está se dizendo que se alguém, antes de uma inovação legislativa mais gravosa, já teria o direito de gozar de um benefício, não poderia uma lei posterior retroagir para prejudicar o direito que já fora consolidado e, por via transversa, ferir de morte o ato jurídico perfeito.

Para melhor sedimentação do falado, sigamos a outro exemplo. Suponhamos, um sujeito, primário, condenado a pena de 12 anos, por delitos, em concurso formal, não hediondos, mas cometidos,

mediante violência e grave ameaça, cujo início do cumprimento de pena foi, em 01.02.10, sem período de detração. Em 01.02.12, o apenado foi progredido ao regime semiaberto, com permissão de trabalho externo. Nesse caso, teria direito à primeira comutação, após o decurso de 1/4 da pena, em 01.02.13. Em 25.12.14, fez *jus* ao indulto. Porém, em razão da ausência de cálculo de pena atualizado e grande volume de processos na vara de execuções penais, o implemento do benefício de livramento condicional e comutação de pena só foram verificados, em 01.06.16. Após a elaboração do cálculo, o apenado comete novo delito, em 01.07.16. Em razão disso, a execução penal é suspensa, por estar preso por mandado, por força de prisão preventiva decorrente desse novo delito. O apenado é regredido cautelarmente, com expedição de mandado de prisão, também, pelo juízo da execução. Posteriormente, em 01.10.16, é enviada guia de execução definitiva ao juízo da execução penal constando pena de 6 anos, pelo delito praticado, em 01.07.16, crime de tráfico de drogas, delito hediondo. Nesse caso, caberia a comutações retroativas sucessivas e eventual análise do cabimento de indulto, sem prejuízo da elaboração de novo cálculo de pena, apenas, com a sanção imposta do novo delito? Caberia unificação?

Diante do exposto, é de clareza solar ser incabível nova unificação, pois o apenado há muito fez *jus* às comutações sucessivas e, em razão dessas, ao final, ao indulto, os quais só não foram deferidos pela inércia do Poder Judiciário. Tal fato, contudo, não o isenta do cumprimento da nova sanção no regime que tenha sido fixado na sentença.

Se o apenado já possuía todas as condições para gozo do benefício estabelecidas por condição inalterável, a arbítrio de outrem, nos termos da lei, cabe, assim, o deferimento do benefício sempre que for observado que a pessoa condenada, preencheu os requisitos e não lhe foi concedida a benesse a tempo. Assim, ainda que posteriormente não preencha mais os requisitos, deve lhe ser dado o benefício retroativamente.

Pensamento contrário, violariam os institutos do direito adquirido e o ato jurídico perfeito que se abeberam do princípio da segurança jurídica, baliza mestra do nosso ordenamento jurídico, que visa suavizar as tensões e evitar a eternização dos conflitos. Exponho ainda dizendo que a inércia do arcabouço estatal não pode prejudicar o apenado, nesse sentido, *mutatis mutandis*, é a súmula 106 do STJ, que afasta quaisquer ônus aos jurisdicionados, pela demora do aparelho estatal.

Na esfera do Penal, o direito adquirido ganha muito mais vigor, pois uma norma mais gravosa não pode retrooperar para atingir um apenado, ainda que ele esteja ainda cumprindo pena, quando da vigência desta norma, salvo hipóteses da ultratividade da norma, a despeito de pesados argumentos doutrinários, em contrário da possibilidade da ultratividade da norma penal. Portanto, o direito adquirido não pode ser tolhido arbitrariamente, sob pena de afronta aos princípios da tempestividade, dignidade da pessoa humana, ato jurídico perfeito, efetividade da tutela jurisdicional e legalidade.

Outra questão, inclusive de natureza constitucional, é a possibilidade de reparação cível, por força de o apenado permanecer cumprindo pena, além do tempo imposto pela condenação, muitas vezes, por falta de cálculo atualizado, fruto da inércia do Estado de efetivar direitos legítimos e consolidados, isto é, adquiridos.

Em sentido afirmativo, há expressa disposição constitucional no art. 5º, dispositivo dos direitos e garantias fundamentais, que alberga a postulação de reparação indenizatória, por ter o apenado permanecido preso, além do tempo devido.

O entendimento do STJ^[iii] e STF^[iv] tem trilhado, no sentido de que, exceto nas situações de erro judiciário e de prisão, além do tempo fixado na sentença, nos termos do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, bem como, nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais, quando fundamentados, de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.

5. Conclusão

Por esta razão, é que o descaso estatal e o abandono podem sair muito mais caro do que a concessão de direitos legítimos e consolidados, em especial, a comutação retroativa isolada ou sucessiva, àqueles que já cumpriram os requisitos objetivos e subjetivos para tanto, já que, a manutenção do sentenciado cumprindo pena seria verdadeiro excesso de execução, na acepção da palavra, decorrente da inércia estatal, por negar, a quem de direito, o que é seu, manifesta violação da justiça distributiva.

Este é mais um motivo, pelo qual a comutação retroativa, também, é instrumento de efetivação de direitos fundamentais e forte instrumento de ressocialização.

Nota-se, em verdade, que há um grande preconceito de alguns contra a comunidade de encarcerados. Muitos se esquecem de que, no Brasil, não foi institucionalizada a pena de morte, tampouco a perpétua, do que resulta a cristalina conclusão de que algum dia o apenado sairá do presídio e será reintegrado à sociedade. Impõe-se, portanto, o enfrentamento dos dramas sociais atuais, com o fito de combater a origem da criminalidade crescente, não devendo o Estado se contentar com políticas paliativas e discursos popularescos, que baseiam tudo no aumento da pena, novos tipos penais e na criação de Unidades Prisionais.

Disto decorre a necessidade de se criar mecanismos de ressocialização e efetiva concessão dos direitos aos seus titulares legítimos, desde que perfectibilizados os requisitos legais, de modo a afastar distorções no sistema penitenciário que redundam nas tão conhecidas e vistas rebeliões, as quais externam, dentre outras conclusões, as insatisfações dos presidiários com relação ao sistema posto. É preciso uma reforma de base, algo que passa longe de revoluções, embates religiosos ou ideológicos, ou guerras armadas, mas está intrinsecamente adstrito à plena efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Notas:

[i] Brasil. STJ. HC 244623 / SP. Relator(a) Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Data do Julgamento 19/05/2015.

[ii] Brasil. STJ. HC 308070 / SP. Relator(a) Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) Data do Julgamento 19/03/2015.

[iii] Brasil. STJ. REsp 872630 / RJ. Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO. Ministro LUIZ FUX. Data do Julgamento 13/11/2007. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=indeniza%E7%E3o+pela+pris%E3o+al%E9m+tempo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO.

[iv] Brasil. STF. ARE 770931 AgR / SC. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 19/08/2014. Disponível:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28indeniza%E7%E3o+prisao+alem+do+tempo%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qe7xszy>.

5. Referências

-ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente; Direito Constitucional Descomplicado., Impetus, Rio de Janeiro;

-BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do Poder Normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite a retroatividade normativa. In Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 11-2007;

-BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed., Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 1999;

-CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed., Livr. Almedina, Coimbra, 2000;

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte geral*. 12ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 420.

José Afonso da Silva in *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 280-281.

-LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2011;

Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4285, 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32024>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 43.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.

VASCONCELOS, Paulo Mariano Alves de. Existe direito adquirido a regime jurídico?. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3581, 21 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24238>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS LINGÜÍSTICOS COMO DESDOBRAMENTOS DOS DIREITOS DE TERCEIRA DIMENSÃO

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal.

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Terceira Dimensão. Direitos Linguísticos.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 O Reconhecimento dos Direitos Linguísticos como desdobramentos dos Direitos de Terceira Dimensão.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação

alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança

privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da*

legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes^[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz^[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”*[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”*[9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os

servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “*Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos*”[\[10\]](#), tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[\[11\]](#). A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[\[12\]](#), devido processo legal[\[13\]](#), acesso à Justiça[\[14\]](#), liberdade de locomoção[\[15\]](#) e livre entrada e saída do país[\[16\]](#).

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[\[17\]](#), reafirmando, deste modo, os princípios

estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos

pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade,

liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32]

e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”* [35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram

submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”*[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho,

remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais^[41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que*

germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal” [42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais” [43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos*

interesses de um indivíduo, de um grupo” [45] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e

reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”* [47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”* [48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram

como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 O Reconhecimento dos Direitos Linguísticos como desdobramentos dos Direitos de Terceira Dimensão

Em uma primeira plana, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos, entende-se por comunidade linguística toda a sociedade humana que, radicada historicamente num determinado espaço territorial, reconhecido ou não, se identifica como povo e desenvolveu uma língua comum como meio de comunicação natural e de coesão cultural entre os seus membros. A denominação língua própria de um território refere-se ao idioma da comunidade historicamente estabelecida neste espaço. Igualmente, a Declaração em comento parte do princípio de que os direitos linguísticos são simultaneamente individuais e coletivos, e adota como referência da plenitude dos direitos linguísticos, o caso de uma comunidade linguística histórica no respectivo espaço territorial, entendendo-se este não apenas como a área geográfica onde esta comunidade vive, mas também como um espaço social e funcional indispensável ao pleno desenvolvimento da língua. É com base nesta premissa que se podem estabelecer, em termos de uma progressão ou continuidade, os direitos que correspondem aos grupos linguísticos e os das pessoas que vivem fora do território da sua comunidade.

Para os efeitos da Declaração em comento, entende-se que se encontram no seu próprio território e pertencem a uma mesma comunidade linguística as coletividades que: i. se encontram separadas do núcleo da sua comunidade por fronteiras políticas ou administrativas; ii. se encontram historicamente radicadas num espaço geográfico reduzido, rodeado pelos membros de outras comunidades linguísticas; ou iii. se encontram estabelecidas num espaço geográfico que partilham com os membros de outras comunidades linguísticas com antecedentes históricos semelhantes. Ao lado disso, para os efeitos da Declaração, ainda, consideram-se igualmente como comunidades linguísticas no interior do seu próprio território histórico os povos nômades nas suas áreas históricas de deslocação e os povos de fixação dispersa. A Declaração, também, considera como grupo linguístico toda a coletividade humana que partilhe uma mesma língua e esteja radicada no espaço territorial de outra comunidade linguística, mas não possua antecedentes históricos equivalentes, como é o caso dos imigrantes, dos refugiados, dos deportados, ou dos membros das diásporas.

A Declaração considera que, nos casos em que diferentes comunidades e grupos linguísticos coabitam num mesmo território, o exercício dos direitos formulados nesta Declaração deve reger-se pelo respeito entre todos e dentro das máximas garantias democráticas. Com vista a estabelecer um equilíbrio sociolinguístico satisfatório, ou seja, a articulação adequada entre os direitos destas comunidades e destes grupos linguísticos e os das pessoas que os compõem, há que ter em conta, além dos seus antecedentes históricos e da sua vontade

democraticamente expressa, fatores que podem aconselhar um tratamento compensador que permita restabelecer o equilíbrio: o caráter forçado das migrações que levaram à coabitação de diferentes comunidades e grupos, ou o seu grau de precariedade política, socioeconômica e cultural. Ademais, a Declaração considera como direitos individuais inalienáveis que devem ser exercidos em todas as situações os seguintes: o direito a ser reconhecido como membro de uma comunidade linguística; o direito ao uso da língua em privado e em público; o direito ao uso do próprio nome; o direito a relacionar-se e associar-se com outros membros da comunidade linguística de origem; o direito a manter e desenvolver a própria cultura; e todos os outros direitos de caráter linguístico reconhecidos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de Dezembro de 1966 e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da mesma data.

Nesta esteira, a Declaração considera que os direitos coletivos dos grupos linguísticos podem incluir ainda, em acréscimo aos estabelecidos no número anterior: o direito ao ensino da própria língua e da própria cultura; o direito a dispor de serviços culturais; o direito a uma presença equitativa da língua e da cultura do grupo nos meios de comunicação; o direito a serem atendidos na sua língua nos organismos oficiais e nas relações socioeconômicas. Os direitos das pessoas e dos grupos linguísticos mencionados anteriormente não devem representar qualquer obstáculo à sua interrelação e à integração na comunidade linguística de acolhimento, nem qualquer limitação dos direitos desta comunidade ou dos seus membros ao pleno uso público da própria

língua na totalidade do seu espaço territorial. A Declaração considera que as pessoas que se deslocam e fixam residência no território de uma comunidade linguística diferente da sua têm o direito e o dever de manter com ela uma relação de integração. Por integração entende-se uma socialização adicional destas pessoas por forma a poderem conservar as suas características culturais de origem, ao mesmo tempo em que compartilham com a sociedade que as acolhe as referências, os valores e os comportamentos que permitirão um funcionamento social global, sem maiores dificuldades que as experimentadas pelos membros da sociedade de acolhimento. Por outro lado, a Declaração considera que a assimilação — entendida como a aculturação das pessoas na sociedade que as acolhe, de tal maneira que substituam as suas características culturais de origem pelas referências, pelos valores e pelos comportamentos próprios da sociedade de acolhimento — em caso nenhum deve ser forçada ou induzida, antes sendo o resultado de uma opção plenamente livre.

A Declaração baseia-se no princípio de que os direitos de todas as comunidades linguísticas são iguais e independentes do seu estatuto jurídico ou político como línguas oficiais, regionais ou minoritárias. Designações tais como língua regional ou minoritária não são usadas neste texto porque, apesar de em certos casos o reconhecimento como língua minoritária ou regional poder facilitar o exercício de determinados direitos, a utilização destes e doutros adjetivos serve frequentemente para restringir os direitos de uma comunidade linguística. A Declaração exclui que uma língua possa ser considerada própria de um território

unicamente por ser a língua oficial do Estado ou ser tradicionalmente utilizada nesse território como língua de administração ou de certas atividades culturais. Em consonância com os princípios gerais: (i) todas as línguas são a expressão de uma identidade coletiva e de uma maneira distinta de apreender e descrever a realidade, pelo que devem poder beneficiar das condições necessárias ao seu desenvolvimento em todas as funções. (ii) Cada língua é uma realidade constituída coletivamente e é no seio de uma comunidade que ela está disponível para o uso individual como instrumento de coesão, identificação, comunicação e expressão criadora. No mais, é imperioso ressaltar que todas as comunidades linguísticas têm o direito de organizar e gerir os seus próprios recursos, com vista a assegurarem o uso da sua língua em todas as funções sociais. Todas as comunidades linguísticas têm o direito de dispor dos meios necessários para assegurarem a transmissão e a projeção futuras da língua. Todas as comunidades linguísticas têm direito a codificar, estandardizar, preservar, desenvolver e promover o seu sistema linguístico, sem interferências induzidas ou forçadas.

Preconiza, ainda, a Declaração em destaque que todas as comunidades linguísticas são iguais em direito. A Declaração considera inadmissíveis as discriminações contra as comunidades linguísticas baseadas em critérios como o seu grau de soberania política, a sua situação social, econômica ou qualquer outra, ou o nível de codificação, atualização ou modernização alcançado pelas suas línguas. Em aplicação do princípio da igualdade, devem ser tomadas as medidas indispensáveis para que esta igualdade seja real e efetiva. Todas as comunidades

linguísticas têm direito a beneficiar dos meios de tradução nos dois sentidos que garantam o exercício dos direitos constantes da Declaração. No domínio público, todos têm o direito de desenvolver todas as atividades na sua língua, se for a língua própria do território onde residem. Já no plano pessoal e familiar, todos têm o direito de usar a sua língua. Todos têm direito a aceder ao conhecimento da língua própria da comunidade onde residem. Igualmente, todos têm direito a serem políglotas e a saberem e usarem a língua mais apropriada ao seu desenvolvimento pessoal ou à sua mobilidade social, sem prejuízo das garantias previstas nesta Declaração para o uso público da língua própria do território. Nesta linha, ainda, as disposições da Declaração não podem ser interpretadas nem utilizadas em detrimento de qualquer norma ou prática do regime interno ou internacional mais favorável ao uso de uma língua no território que lhe é próprio.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

_____. **Lei N.º. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de

formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 31 mai. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/peças/34357>>. Acesso em 31 mai. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 31 mai. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 31 mai. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8](#), [n. 157](#), [10 dez.](#) [2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 31 mai. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 31 mai. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 31 mai. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 31 mai. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 31 mai. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 31 mai. 2015.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 31 mai. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 31 mai. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador

igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são

tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 31 mai. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 31 mai. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 31 mai. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 31 mai. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 31 mai. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por

limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 31 mai. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, [2003](#), s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna - Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 31 mai. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”



UCAM – UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES
ATAME PÓS-GRADUAÇÃO E CURSOS

SARAH ALVES MARTINS

**DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE DE
ACORDO COM O REGIME DE BENS**

Goiânia

2015

SARAH ALVES MARTINS

**DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE DE
ACORDO COM O REGIME DE BENS**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
pós-graduação “lato sensu” em Direito
Civil e Processo Civil.

Goiânia

2015

SARAH ALVES MARTINS

DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE DE ACORDO COM O REGIME DE BENS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação "lato sensu" em Direito Civil e Processo Civil.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

Goiânia

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por poder concluir mais essa etapa com saúde e paz.

Agradeço aos meus pais, pelo apoio oferecido para realizar mais um curso de grande importância para minha vida profissional.

RESUMO

O presente trabalho analisou os preceitos do direito das sucessões e do direito de família a fim de demonstrar a importância de se relacioná-los para a correta aplicação da ordem de vocação hereditária. Isso porque, entendeu-se que há incongruência na norma que prevê a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes, principalmente dos casados sob o regime da separação convencional, uma vez que não reflete a incomunicabilidade de bens pactuada pelas partes. Para tanto, pontuou-se as principais características que marcaram a evolução do direito sucessório, destacando-se também os tipos de regime de bens e as características de cada um. Além disso, utilizou-se de posições de renomados autores para fundamentar que embora o diploma civil tenha optado por colocar o cônjuge sobrevivente na condição de herdeiro necessário, deveria ter respeitado o que foi pactuado entre os cônjuges no momento da realização do pacto antenupcial no que tange à destinação do patrimônio. Em seguida, destacou-se as decisões dos tribunais que envolvem a discussão sobre o direito de herança dos casados sob o regime da separação convencional, com o intuito de demonstrar a divergência não apenas doutrinária, mas dos tribunais. Por fim, defendeu-se a imediata alteração do atual diploma civil para corrigir a contradição existente no artigo 1.829, do Código Civil, em razão da necessidade de se preservar o princípio da igualdade entre os cônjuges e da autonomia dos mesmos.

Palavras-chave: Direito sucessório. Direito de família. Ordem de vocação hereditária. Concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente. Regime de separação convencional de bens.

ABSTRACT

This study examined the precepts of the law of succession and family law in order to demonstrate the importance of relating them to the correct application of heredity order. This because it was understood that there is inconsistency in the rule providing for the succession of the competition surviving spouse with descendants, especially the married by the regime of conventional separation as it does not reflect the separation of property agreed by the parties. Moreover, were pointed up the main features that marked the evolution of inheritance law, also highlighting the types of property regime and the characteristics of each. In addition, it was used by renowned authors to support positions that although the civil law has chosen to put the surviving spouse in the necessary condition heir, should have followed what was agreed between the spouses at the time of the prenuptial agreement in regarding the allocation of assets. Then were highlighted court decisions involving the discussion of the right of inheritance of married by the conventional separation regime, in order to demonstrate the divergence not only doctrinal, but of the courts. Finally, it was defended the immediate change of the current civil law to correct the contradiction in Article 1829 of the Civil Code, because of the need to preserve the principle of equality between spouses and autonomy of them.

Keywords: Succession Law. Family law. Order of heredity. Competition succession of the surviving spouse. Regime of conventional separation of property.

Lista de Abreviaturas e Siglas

Art. – Artigo

CC – Código Civil

N. - Número

REsp – Recurso Especial

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJGO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE DE ACORDO COM O REGIME DE BENS E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL	11
2. REGIME DE BENS E OS DIREITOS PATRIMONIAIS CONFERIDOS A CADA ESPÉCIE.....	18
3. DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CONTRADIÇÃO EXISTENTE EM RELAÇÃO AO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL.....	27
4. ENTENDIMENTOS A RESPEITO DO TEMA.....	34
4.1. Código Civil de 2002 x Decisões dos Tribunais	34
4.2. Jurisprudências do STJ.....	36
4.3. Elucidação do tema e importância da Segurança Jurídica	43
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

Atualmente, mesmo diante de núcleos familiares atípicos, o casamento ainda tem papel relevante na sociedade e, conseqüentemente, reflete em diversas questões jurídicas, como as relacionadas ao direito sucessório.

Dentre elas, destaca-se a inovação do Código Civil de 2002 que elevou o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário e previu, inclusive, a concorrência sucessória do mesmo com descendentes e ascendentes, gerando muitas discussões.

Isso porque, além de colocar o cônjuge sobrevivente em um patamar muito elevado, referida novidade trouxe algumas incongruências ao se relacionar o direito sucessório com o direito de família, uma vez que ao estabelecer as regras para a ordem de vocação hereditária, o legislador não considerou corretamente as características e os efeitos patrimoniais de cada regime de bens.

Assim, contraditoriamente, as novas disposições colocaram os descendentes na primeira classe, concorrendo com o cônjuge sobrevivente, a depender do tipo de regime de bens; os ascendentes na segunda classe, também concorrendo com o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens; o cônjuge sobrevivente na terceira classe; e os colaterais na última.

Com relação à concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os descendentes, estabeleceu o legislador que haveria a exclusão em três hipóteses – na comunhão universal, na separação obrigatória e na comunhão parcial, em caso do *de cuius* não ter deixado bens particulares.

Ocorre, porém, que tal previsão fez surgir a discussão sobre qual foi o critério utilizado pelo legislador para determinar que somente esses tipos não ensejariam a concorrência sucessória, enquanto que os demais sim, identificando-se aí o equívoco.

Nesse sentido, destaca-se o regime da separação convencional, que embora preveja a incomunicabilidade de bens, dá direito ao cônjuge sobrevivente de

concorrer com descendentes, ascendentes e, ainda, de herdar na terceira classe da ordem de vocação hereditária, nos termos do diploma civil, que não prevê esse regime como uma das exceções.

Em razão disso, percebe-se a importância de se analisar a presente problemática, uma vez que a opção do cônjuge por determinado regime de bens influencia no seu direito de herança quando em concorrência com descendentes, não é levado em consideração quando em concorrência com ascendentes e nem quando o mesmo é chamado a suceder na terceira classe, não espelhando, assim, em determinadas situações, a autonomia da vontade dos nubentes que pactuaram, em vida, a destinação de seus patrimônios.

Assim, com o intuito de realizar uma profunda análise sobre o tema, será necessário detalhar a evolução do direito sucessório, os efeitos patrimoniais de cada regime de bens, a contradição existente em relação ao regime da separação convencional e as decisões dos tribunais relacionadas para, então, elucidar a discussão.

Com relação à evolução do direito sucessório, verifica-se que a cultura de cada época foi traçando suas características, relacionadas principalmente à família e à propriedade, até chegar aos dias de hoje. Isso porque, os primeiros indícios do direito sucessório apareceram com a consolidação da família que, com o intuito de dar continuidade ao culto doméstico, passou a acumular propriedade. Com o decorrer dos anos, a transmissibilidade que era essencialmente extrapatrimonial, transformou-se em patrimonial com características peculiares, o que será pontuado em capítulo específico, destacando-se o Código Civil de 1916 e as significativas mudanças para o novo diploma civil.

Em se tratando dos regimes de bens, destaca-se que o atual diploma civil prevê cinco tipos, quais sejam, o da comunhão parcial, o da comunhão universal, o da participação final nos aquestos, o da separação convencional e o da separação obrigatória, em que cada um prevê regras específicas de destinação do patrimônio, que serão analisadas com o intuito de compreender os efeitos patrimoniais para posterior comparação com o direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

A respeito da contradição existente em relação ao regime da separação convencional, destaca-se que respectiva discussão se deu em razão da colocação do cônjuge supérstite na condição de herdeiro necessário, concorrendo inclusive com descendentes e ascendentes, o que será pormenorizado no decorrer do trabalho.

Isso porque, além de ser tema das doutrinas dos mais renomados autores, é também matéria de discussão dos tribunais, que não pacificam se reconhecem as disposições das normas de direito sucessório ou se levam em consideração a autonomia da vontade do casal para analisar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente de acordo com o regime de bens escolhido, gerando uma insegurança jurídica.

Por esta razão, verifica-se a necessidade da análise dos fundamentos trazidos pelos tribunais, bem como dos artigos do Código Civil relacionados ao tema, a fim de se alcançar a melhor interpretação referente à contradição destacada, recuperando-se assim, a segurança jurídica, o que se fará por meio do método dedutivo, com a utilização da pesquisa bibliográfica como método auxiliar, destacando a Constituição Federal, as doutrinas cíveis e as jurisprudências relacionadas ao tema.

1. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE DE ACORDO COM O REGIME DE BENS E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Os primeiros indícios do direito sucessório surgiram após a consolidação da família, em que o homem deixou de ser nômade e passou a acumular patrimônio. Assim, os bens que anteriormente eram comuns, passaram a pertencer a pessoas específicas, surgindo então a propriedade privada. (DIAS, 2011, p. 27)

Destaca-se que o primeiro fundamento da sucessão foi de origem religiosa, em que a sucessão se dava “exclusivamente pela tomada do lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico pelo herdeiro”. Ressalta-se, porém, que o mesmo não recebia os bens em transmissão, vez que não pertenciam ao morto, mas a toda a família, capitaneada pelo homem mais velho. (HIRONAKA, 2004, p. 2-3)

É o que se extrai da obra de Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 5):

Antes, pois, de ser econômico, o fundamento da sucessão por causa de morte foi religioso: os bens transmitiam-se do defunto ao herdeiro como instrumento propiciatório aos deuses domésticos, e bem assim como meio de continuar na descendência a religião dos antepassados. A unidade da família e a autoridade do seu chefe concorrem, de um lado, na transmissão de pleno direito e, de outro, na criação do testamento. [...]

Assim, a aquisição da propriedade fora do culto era exceção. Em razão disso, o testamento e a adoção sempre foram muito importantes em Roma e nos demais povos antigos, vez que, segundo acreditavam, se não houvesse sucessor, tal fato traria infelicidade aos mortos e extinguiria o lar. (VENOSA, 2014a, p. 2-3)

Dentro desse contexto, ressalta-se a característica sucessão na linha masculina e a predominância da sucessão testamentária, como consequência da necessidade, no direito romano, da continuidade do culto familiar – “A propriedade e o culto familiar caminhavam juntos. A propriedade continuava após a morte, em razão da continuidade do culto”. (VENOSA, 2014a, p. 3)

Nesse sentido, destaca-se que a partir do direito romano é que o conhecimento da evolução histórica do direito das sucessões torna-se mais visível, destacando-se a Lei das XII Tábuas, que previa a possibilidade de disposição dos bens do *pater familias* em testamento, sendo que, não havendo disposição testamentária, seguia-se à sucessão aos herdeiros. (GONÇALVES, 2010, p. 21)

Quando a propriedade passa a ser individual, todavia, o fundamento da sucessão conduz para a necessidade de continuidade patrimonial, em que a noção de sucessão universal se torna mais clara no direito romano – a sucessão por testamento não podia conviver com a sucessão por força da lei – ou era nomeado por testamento, ou a lei quem indicava o herdeiro. Nesse contexto, o herdeiro que recebia o patrimônio inteiro do *de cuius* para assumir a sua propriedade, poderia propor ações na defesa dos bens. (VENOSA, 2014a, p. 4)

Assim, diferentemente do conceito de sucessão dos tempos mais remotos, desenvolveu-se outro sentido, ligado à continuação da vida e, conseqüentemente, à continuidade patrimonial, em que a conservação e transferência hereditária passaram a interessar, ao mesmo tempo, ao indivíduo e à sociedade. (PEREIRA, 2006, p. 5-6)

Se anteriormente a visão que se tinha da sucessão *causa mortis* era essencialmente extrapatrimonial, passa-se a ser vista sob o ponto de vista material, em que o direito das sucessões deriva da ideia de propriedade. (VENOSA, 2014a, p. 4-5)

Percebe-se então que, no decorrer das tendências sociais, políticas e econômicas de cada época, surgiram-se distintos institutos do direito de família e do direito de propriedade, que foram formando a base do direito atual. (PEREIRA, 2006, p. 6)

Nesse sentido, um exemplo a ser mencionado corresponde ao direito à liberdade de testar que, ao longo do tempo, sofreu restrições e se transformou até chegar ao modelo atual previsto no país. Conforme pode se extrair da obra de Sílvio Salvo Venosa (2014a, p. 167-168), no Direito Romano, eram admitidos os totais poderes do *pater familias*, que possuía plena liberdade de testar, o que passou a ser restringido com os anos, a partir da proibição do *de cuius* dispor de todo o

patrimônio, que diferenciou a porção disponível da indisponível, ligada ao direito dos herdeiros necessários e chamada de legítima, em benefício dos mesmos.

Como influência ao ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se também o princípio da *saisine*, que passou a integrar as normas brasileiras no artigo 978, da Consolidação das Leis Cíveis, de Teixeira de Freitas e, posteriormente, no artigo 1.572, do Código Civil de 1916, ao prever que “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (GONÇALVES, 2010, p. 23)

Nesse sentido, vale destacar:

Como na maioria dos países que adotam o sistema francês de codificação, no Brasil, o Código Civil de 1916 assentou a doutrina da transmissão imediata da posse e propriedade, cuja origem histórica, todos sabemos, está na Idade Média, quando se praticou e passou a ser desenvolvida a posse dos bens pelo senhor por morte do servo (...). É este mesmo *droit de saisine*, com a transmissão imediata e direta da posse e da propriedade aos herdeiros, que prevaleceu também no Código Civil de 2002. (PEREIRA, 2004, vi)

Além disso, legislação anterior ao Código Civil de 1916 foi influenciada pela codificação francesa do início do século XIX, que previu linha de vocação hereditária formada pelos descendentes, ascendentes, colaterais até o 10º grau, e só posteriormente o cônjuge supérstite e, por fim, o fisco. (GONÇALVES, 2010, p. 23)

Com relação ao cônjuge supérstite, vale destacar ainda alguns aspectos históricos, por meio das considerações de VENOSA (2014a, p. 137):

No Direito Romano, não havia propriamente sucessão do cônjuge, já que a transmissão se efetuava pela linha masculina. Apenas na última fase do Direito Romano, já com Justiniano, é que se permitiu à mulher suceder nos bens do marido, estabelecendo-se uma possibilidade de usufruto, concorrendo com filhos.

No direito anterior ao Código de 1916, a cônjuge sobrevivente estava colocado em quarto grau na escala hereditária, após os colaterais de décimo grau. Tornava-se praticamente inviável a sucessão do viúvo ou viúva. Apenas em 1907, com a chamada “Lei Feliciano Pena”, Lei nº 1.839, é que o supérstite passou a herdar em terceiro lugar.

Posteriormente, de acordo com a referida linha de vocação hereditária, “a Lei n. 1.839, de 1907, inverteu a posição do cônjuge sobrevivente com os

colaterais, limitando o direito destes ao 6º grau – limite mantido no Código de 1916”, o que também foi alterado em 1946 para reduzir ao 4º grau, conforme depois estipulado no Código Civil de 2002. (GONÇALVES, 2010, p. 24)

Nesse período, o Código Civil de 1916 “reconhecia como família exclusivamente a constituída através do casamento, que era indissolúvel”, além de que “vedava quaisquer direitos aos integrantes de relações extramatrimoniais”. (DIAS, 2011, p. 28)

Percebe-se assim que o ordenamento jurídico brasileiro, por muitos anos, barrou qualquer conceito que ameaçasse a integridade da família e do patrimônio familiar.

Ocorre que, embora respectivo tratamento discriminatório tenha sido excluído pela Constituição de 1988, que trouxe o direito de herança como garantia fundamental (artigo 5º, XXX) e assegurou a paridade de direitos entre todos os filhos, havidos ou não do casamento, bem como pela adoção (artigo 227, §6º), somente em 2002 foi promulgado o novo código civil.

Destaca-se, porém, com relação ao direito sucessório, que o novo código civil não acompanhou a evolução da sociedade, vez que praticamente copiou o anterior – deixou de alterar o que realmente era necessário, para introduzir algumas mudanças incompatíveis com a realidade social, como a criação da concorrência sucessória, elevando-se o cônjuge a condição de herdeiro necessário e conferindo ao mesmo o direito de concorrência. (DIAS, 2011, p. 29)

O Código Civil de 1916 previa, em seu artigo 1.611, que somente na falta de descendentes e ascendentes seria deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, desde que, ao tempo da morte do outro, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal (separado judicialmente ou divorciado). (GONÇALVES, 2010, p. 168)

Além disso, destaca-se que se o cônjuge não tivesse casado sob o regime da comunhão universal, mas sob o regime da separação ou da comunhão parcial, sua participação em concorrência com os descendentes ou ascendentes do *de cuius* não se dava com relação à propriedade dos bens, mas se criava o direito real sobre coisa alheia, qual seja, o *usufruto vidual* – se concorresse com descendentes, teria direito de usufruto sobre um quarto dos bens do falecido e, se

concorresse com ascendentes, sobre a metade dos bens – o que gerava grande embaraço aos herdeiros. Assim, amplamente criticado pelos doutrinadores e excluído pelo novo código civil, o instituto garantia certo amparo ao cônjuge sobrevivente casado sob os respectivos regimes, que não sucederiam o falecido na qualidade de herdeiro. (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p. 5)

Ocorre que o novo código civil alterou significativamente a ordem de vocação hereditária para incluir o cônjuge como herdeiro necessário, passando a concorrer com os descendentes e ascendentes e não mais sendo excluído por essas classes. (GONÇALVES, 2010, p. 169)

Como bem pontuam José Eduardo Loureiro e Francisco Eduardo Loureiro na obra *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo* (2008, p. 668), das alterações mais relevantes, mormente no capítulo da ordem de vocação hereditária, destaca-se o direito sucessório do cônjuge supérstite, conforme o texto a seguir:

[...] As alterações em tal ponto – como veremos – foram significativas, mudando radicalmente o panorama existente no Código de 1916. Uma pálida noção dessas mudanças, adiante examinadas com vagar: (a) o cônjuge passa a ser herdeiro necessário, escapando do seu alijamento da sucessão por testamento; [...] (b) o cônjuge e o companheiro passam a receber sua herança em propriedade, em substituição ao usufruto viual, que desapareceu no novo Código Civil; (c) o cônjuge herda em concorrência com ascendentes e descendentes [...].

Em razão dessa transição, o Código Civil de 2002 previu em seu artigo 2.041 que as novas regras relativas à ordem de vocação hereditária não se aplicariam à sucessão aberta antes de sua vigência, devendo prevalecer o previsto no Código Civil de 1916. (CÓDIGO CIVIL).

Dessa maneira, se a pessoa tivesse falecido até o dia 10 de janeiro de 2003, sua sucessão seria regida pelo antigo código, que não elevava o cônjuge a condição de herdeiro necessário. (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p. 4)

Destaca-se, porém, que mesmo com a alteração trazida pelo novo diploma civil, houve julgamento contrário à respectiva regra, prevalecendo-se o princípio da autonomia da vontade, em que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.111.095, de 01 de outubro de 2009, decidiu não considerar a proteção à legítima de um cônjuge sobrevivente, casado sob o

regime da separação de bens, para transferir, conforme testamento, a totalidade do patrimônio do “de cujus” a um sobrinho. (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p. 5)

Percebe-se que embora casados sob a vigência do código civil anterior, a morte de um dos cônjuges se deu na vigência do novo código civil, o que, de acordo com as novas disposições legais, deveria ter sido decidido de maneira diversa. Ocorre que desde a transição para o Código Civil de 2002 as divergências sobre o tema já vieram à tona, demonstrando o grande equívoco do novo diploma civil.

Nesse sentido, vale ressaltar as considerações de Rodrigo da Cunha Pereira (2004, viii), na apresentação da obra Direito das Sucessões e o novo Código Civil:

A maior modificação no Livro das Sucessões, que talvez seja a grande modificação de todo o Código Civil, é a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente na sucessão legítima. Essa mudança altera toda uma lógica e sequência do patrimônio e da propriedade privada. O cônjuge, agora herdeiro necessário, concorre, isto é, divide a herança com os descendentes e ascendentes (art. 1829). Essa disposição do ordenamento jurídico brasileiro é uma intromissão excessiva na vida privada e na liberdade dos sujeitos. [...]

Destaca-se, ainda, que o artigo 1.829 do novo Código Civil trouxe algumas exclusões da concorrência com os descendentes, mas sem mencionar a hipótese do cônjuge no regime da separação convencional, demonstrando-se a incongruência diante da qualidade do respectivo regime da incomunicabilidade por autonomia das partes.

Dentro desse contexto, Mauro Antonini (2012, p. 2198) dispõe:

Polêmicas na concorrência entre descendentes e cônjuge: em relação à ordem de vocação hereditária, a questão que tem suscitado as maiores dificuldades interpretativas, sem dúvida, é a da concorrência do cônjuge com os descendentes, na dependência da modalidade de regime de bens do casamento. As dificuldades residem no fato de que o inciso I não contempla todas as possibilidades e não releva, à primeira vista, claro critério norteador. O inciso principia por estabelecer a concorrência entre descendentes e cônjuge sobrevivente [...], para, em seguida, prever três exceções ao concurso. [...] (**grifo do autor**)

Pois bem, o mesmo autor entende que o legislador previu a concorrência e, em seguida, estipulou exceções, com o intuito de proteger o cônjuge sobrevivente que, não possuindo o direito à meação, terá direito de herança. (ANTONINI, 2012, p. 2198-2199)

Percebe-se assim que o Código Civil de 2002 desconsiderou a autonomia da vontade dos cônjuges para impor a divisão do patrimônio de maneira diversa da pactuada pelo casal em caso de morte, reconhecendo o regime de bens apenas para dissolução do casamento pelo divórcio. (DIAS, 2011, p. 30)

Verifica-se, portanto, que embora alguns paradigmas tenham sido quebrados ao longo dos anos para a inserção de novos entendimentos, como a regulamentação do direito de sucessão entre companheiros pelas Leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e n. 9.278, de 10 de maio de 1996, e a atribuição ao filho portador de deficiência incapacitado para o trabalho o direito real de habitação pela Lei n. 10.050, de 14 de novembro de 2000, há regras que surgiram com o Código Civil de 2002 que refletiram o caráter conservador do ordenamento jurídico civil brasileiro, contrário aos princípios da autonomia da vontade e da igualdade entre os cônjuges.

2. REGIME DE BENS E OS DIREITOS PATRIMONIAIS CONFERIDOS A CADA ESPÉCIE

O casamento estabelece uma comunhão de vida que se estende, de acordo com cada regime de bens adotado, aos bens de propriedade dos cônjuges. (COELHO, 2009, p. 64)

A partir do matrimônio surgem os direitos e as obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. Em razão disso, a escolha pelo regime matrimonial de bens tem papel importantíssimo, pois dita o “conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento”. (DINIZ, 2011, p. 169)

Conforme destaca Carlos Roberto Gonçalves:

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal. (GONÇALVES, 2011, p. 437)

O ordenamento jurídico brasileiro adota, como regra geral, a liberdade de escolha do regime de bens pelos cônjuges, de acordo com os tipos previstos no diploma civil. Para tanto, dentro do Título “Direito Patrimonial”, traz o subtítulo “Do Regime de Bens entre os Cônjuges” para tratar das regras gerais, comuns a todos os nubentes, e das especificações de cada regime. (CÓDIGO CIVIL 2002)

Com relação às disposições gerais, estabelecidas do artigo 1.639 ao 1.652, destaca-se que preveem possibilidades e restrições que devem ser observadas antes ou durante o casamento, como a possibilidade de alteração de regime de bens, desde que respeitados os requisitos necessários (art. 1.639, §2º); a obrigatoriedade de optar pelo regime da separação de bens nos casos previstos no diploma civil (art. 1641); e a liberdade de qualquer um dos cônjuges para praticar alguns atos livremente (art. 1642) ou sem a necessidade de autorização do outro (art. 1.643). (CÓDIGO CIVIL 2002)

Assim, embora todos os dispositivos sejam fundamentais para a correta aplicação dos princípios do direito de família, cabe aqui destacar somente algumas peculiaridades previstas em alguns artigos, relacionadas ao presente trabalho.

Pois bem, em se tratando dos capítulos posteriores, é necessário destacar que o Código Civil de 2002 prevê os regimes da comunhão parcial (artigo 1.658 a 1.666); da comunhão universal (artigo 1.667 a 1.671); da participação final dos aquestos (artigo 1.672 a 1.686); e da separação de bens (artigo 1.687 a 1.688) como opções. (CÓDIGO CIVIL 2002)

Ressalta-se assim, como um dos princípios basilares, o da autonomia da vontade dos cônjuges, que se traduz conforme as considerações de VENOSA (2014b, p. 346):

Vigora, portanto, no sistema de 1916 e no de 2002, salvo as situações de separação obrigatória, plena liberdade para os interessados na elaboração da escritura antenupcial, que somente encontra obstáculos em normas de ordem pública. Desse modo, os nubentes podem não só adotar um dos regimes descritos na lei, assim como mesclá-los entre si. [...] podem estipular que o regime será o da separação completa de bens, mas que determinado bem móvel ou imóvel será comum etc. [...]

Dentro desse contexto é que o diploma civil prevê, ainda, a possibilidade de mesclar os tipos previstos, criando-se um regime misto, de acordo com o artigo 1.655, bem como a possibilidade de alterar o regime de bens, já mencionada, desde que preenchidos os requisitos, quais sejam, requerimento de ambos os cônjuges, mediante autorização judicial, com razões relevantes e ressalvados os direitos de terceiros. (GONÇALVES, 2011, p. 440 e 446)

Nesse sentido, vale destacar também o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges, que se traduz, por exemplo, nos efeitos comuns entre os cônjuges, em qualquer regime de bens, como a desnecessidade de consentimento ou autorização do outro para prática de “atos de gestão da vida econômica de cada um”, bem como com relação “às iniciativas de desfazimento de atos realizados pelo outro, quando seu consentimento era necessário”. Assim, até mesmo o regime da comunhão universal dispensa a manifestação conjunta quando se tratar de atos dessa natureza. (LÔBO, 2011, p. 328)

Em seguida, com relação aos regimes de bens previstos no diploma civil, em primeiro lugar, ressalta-se o regime da comunhão parcial, que corresponde ao regime legal do ordenamento jurídico brasileiro, pois prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial ou se o mesmo for nulo ou ineficaz, e que se caracteriza por estabelecer a separação quanto ao passado e comunhão quanto ao futuro. (GONÇALVES, 2011, p. 469)

Assim, destaca-se que para a escolha do regime da comunhão parcial, basta o registro da declaração feita pelos nubentes nos autos do processo de habilitação, enquanto que nos outros regimes, é necessário formalizar a escolha, por escritura pública, mediante pacto antenupcial - “instrumento de formalização da vontade convergente dos contraentes relacionada aos aspectos patrimoniais de suas relações como casados”. (COELHO, 2009, p. 89)

Percebe-se então que o pacto antenupcial é reflexo da preservação do princípio da ampla liberdade dos cônjuges, que deve ser registrado no Registro de Imóveis do domicílio conjugal para que tenha efeitos perante terceiros, nos termos do artigo 1.657. (CÓDIGO CIVIL)

Pois bem, retomada a análise do regime da comunhão parcial, destaca-se que, em regra, há comunicabilidade dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, permanecendo como patrimônio pessoal e exclusivo de cada um os adquiridos por causa anterior ou recebidos a título gratuito a qualquer tempo. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 345)

Nesse sentido, conforme os incisos I e II, do artigo 1.660, do referido diploma, mesmo que um bem tenha sido registrado no nome de um só dos cônjuges, se adquirido após o matrimônio, aos dois pertencerá, da mesma maneira que se adquirido por fato eventual, com ou sem concurso de trabalho, como o prêmio da loteria. (COELHO, 2009, p. 78)

Com relação ao patrimônio pessoal e exclusivo dos casados no regime da comunhão parcial, destaca-se os artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil que dispuseram sobre os bens excluídos da comunhão, “*in verbis*”:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Em seguida, o mesmo diploma tratou da presunção de aquisição na constância do casamento dos bens móveis e dispôs como responsabilidade de qualquer um a administração do patrimônio comum. (CÓDIGO CIVIL 2002)

Já em se tratando do regime de comunhão universal, que corresponde a regime convencional, devendo ser estipulado em pacto antenupcial, há tendência à unicidade patrimonial, uma vez que, salvo as exceções legais, ocorre a fusão do patrimônio anterior dos cônjuges e, assim, a comunicabilidade dos bens havidos a título gratuito ou oneroso no curso do casamento, conforme o artigo 1.667, do Código Civil. Destaca-se assim que embora a regra seja da comunhão, esta não é absoluta, conforme as exclusões previstas no artigo 1.668, do Código Civil. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 362 e 363)

Nesse sentido, vale destacar as considerações de Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 77):

Na comunhão universal, todos os bens, anteriores ou posteriores ao casamento, passam ao patrimônio comum.

Excetua-se da comunicação unicamente alguns bens expressamente relacionados pela lei, como os gravados com a cláusula de inalienabilidade ou de incomunicabilidade, os proventos do trabalho pessoal, direitos autorais e outros.

Desta maneira, verifica-se que a comunhão universal não é absoluta, uma vez que “[...] Ainda que residuais, há relações patrimoniais ativas e passivas

que não integram a comunhão, permanecendo na titularidade exclusiva de cada cônjuge. [...]”. (LÔBO, 2011, p. 352)

Há também o regime da participação final nos aquestos, previsto do artigo 1.672 ao 1.686, do Código Civil, e que corresponde a um regime híbrido, uma vez que durante o casamento são aplicadas as regras da separação total e, após sua dissolução, as da comunhão parcial. (GONÇALVES, 2011, p. 487)

Este regime se diferencia do da comunhão parcial em razão de que, neste, a comunicação do patrimônio é imediata, durante o casamento, enquanto que na participação final dos aquestos a comunhão ocorre apenas no fim do casamento, analisando a participação de forma contábil. “Assim, o direito não é sobre o acervo do outro, mas sobre o eventual saldo após a compensação dos acréscimos patrimoniais de cada um”. (DIAS, 2011, p. 238)

Acredita-se, porém, que corresponde a um regime que afasta os nubentes em razão da complexidade da apuração contábil, que é exigida tanto para a identificação dos aquestos, quanto para a análise da valorização. (GONÇALVES, 2011, p. 490)

Nesse sentido, VENOSA (2014b, p. 366-367) dispõe:

É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. [...] Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má-fé. [...]

Em relação ao regime da separação convencional de bens, reflexo da autonomia da vontade dos nubentes, destaca-se a incomunicabilidade dos bens como principal característica, uma vez que o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges. (GONÇALVES, 2011, p. 491)

Dentro desse contexto, esclarecem GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2012, p. 371):

O regime de separação convencional de bens é de simples compreensão e guarda íntima conexão com o princípio da autonomia privada.

Em campo diametralmente oposto ao da comunhão universal de bens, com tal regime, os cônjuges pretendem, por meio da vontade

manifestada no pacto antenupcial, resguardar a exclusividade e a administração do seu patrimônio pessoal, anterior ou posterior ao matrimônio, conforme veremos a seguir.

O pensamento segundo o qual amor não se confunde com patrimônio encontra aqui o seu amparo jurídico.

É o exercício da autonomia da vontade que permite, no caso, haver total divisão dos bens de cada cônjuge, sem prejuízo do reconhecimento da formação de uma família.

A respeito, vale destacar também as considerações de Paulo Lôbo (2011, p. 355):

O regime de separação absoluta é o melhor corresponde ao princípio da igualdade dos gêneros, como tendência das sociedades ocidentais. A crescente inserção da mulher no mercado de trabalho e na vida econômica torna dispensável a motivação subjacente de sua proteção, que se encontra nos regimes de comunhão parcial e universal. Enquanto vigorou o modelo legal de família patriarcal, o regime de separação era injusto para a mulher; no modelo igualitário de família, é o mais justo e o que melhor respeita a dignidade e a liberdade de cada cônjuge. Em virtude de sua simplicidade e da ausência de interesses patrimoniais superpostos, o regime reduz sensivelmente o *quantum* de litigiosidade ou conflituosidade que os demais propiciam.

Assim, conforme destacam Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal, é possível pontuar como características fundamentais do respectivo regime: “i) a administração particular dos bens por cada consorte; ii) a liberdade de disposição patrimonial; iii) a responsabilidade patrimonial individual pelas dívidas e obrigações assumidas.” (CHAVES e ROSENVALD, 2012, p. 388)

Vale mencionar, ainda, que o artigo 1.688 prevê a obrigatoriedade de ambos os cônjuges, casados sob o regime da separação de bens, contribuírem para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial, o que é também aplicável aos demais regimes, nos termos do princípio constitucional da isonomia, que prevê a igualdade entre homens e mulheres. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1915)

Ressalta-se também que o regime da separação poderá provir de convenção, conforme já exposto, ou por imposição legal, chamado de regime da separação obrigatória que, conforme previsão do artigo 1.641, do Código Civil, será imposto às pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; à pessoa maior de 70 (setenta) anos; e aos que dependerem de suprimento judicial para casar. (CÓDIGO CIVIL 2002)

Sobre este regime, cabe mencionar a aplicação da Súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, que prevê que os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam no regime da separação legal de bens, o que o difere do regime da separação convencional, conforme as considerações de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2012, p. 387):

É, sem dúvida, o mais simplificado de todos os regimes patrimoniais, por não apresentar pontos de comunhão, afastando as controvérsias naturais de uma liquidação de bens comuns. No regime da separação convencional não existe bens comuns, estabelecendo, pois, uma verdadeira *separação absoluta de bens*. No ponto, inclusive, ele se difere da *separação obrigatória* ou *legal*, submetida ao art. 1.641 do Código de 2002. Nesta (separação obrigatória), por conta da incidência da Súmula 377 da Suprema Corte, haverá comunhão dos aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do casamento), deixando claro que a separação não é total. Naquela (separação convencional), inexistem bens comuns, permitindo que seja, de fato, denominada *separação absoluta* ou *total*. [...]

Ainda, ao tratar sobre os regimes de bens, vale destacar que o direito à herança, reconhecido ao cônjuge supérstite, não se confunde com o direito à meação. Assim, mesmo que ambos sejam reflexos do tipo de regime escolhido, “a meação, em regra, já tem o cônjuge direito em vida do outro, na vigência da sociedade conjugal, não lhe advindo, portanto, *sucessionis causa*”. (PEREIRA, 2006, p. 134-135)

Assim, com relação à meação, havendo o desfazimento da sociedade conjugal com a morte, da mesma maneira que em qualquer outra sociedade, os bens comuns devem ser divididos, o que se fará de acordo com o regime de bens do casamento. (VENOSA, 2014a, p. 138)

Nesse sentido, o texto a seguir:

[...] A existência do direito à meação e sua extensão depende do regime de bens do casamento. Somente no regime de separação de bens (CC 1.658 e 1688) o cônjuge não recebe meação, pois não existem bens comuns. Nos demais regimes, o viúvo faz jus à metade dos bens a título de meação. No regime da comunhão universal (CC 1.667 a 1.671), a meação corresponde à metade de todos os bens que compõem o acervo hereditário. Em se tratando de comunhão parcial (CC 1.658 e 1.666), a meação incide sobre o patrimônio amealhado durante o período da vida em comum. No regime de participação final nos aquestos (CC 1.672 a 1686), a meação é calculada sobre os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento. Não integram a meação os bens próprios, isto é, os adquiridos por cada um exclusivamente em seu nome, mas é feita a compensação de valores no fim do casamento. No inconstitucional regime da separação

obrigatória (CC 1.641), a lei nega o direito à meação. Porém, a súmula do STF alterou o regime para o da comunhão parcial, preservando o direito à metade do acervo comum. (DIAS, 2011, p. 137)

Diante disso, após o falecimento de uma pessoa casada, “há que se separar do patrimônio comum [...] o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio já lhe pertencia”. (VENOSA, 2014a, p. 138)

Percebe-se assim que embora haja distinção entre o direito à meação e o direito de herança, sendo necessário o entendimento dessa diferenciação para a correta aplicação dos institutos do direito de família e do direito das sucessões, há uma estrita relação entre os mesmos, o que pôde ser verificado pela análise dos tipos previstos de regime de bens e que deve ser respeitada a partir de disposições compatíveis no diploma civil.

3. DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CONTRADIÇÃO EXISTENTE EM RELAÇÃO AO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL

Primeiramente, é importante destacar que o direito sucessório tem assento constitucional, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, que consagra o direito à herança como direito fundamental, *in verbis*:

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;

A partir desse amparo constitucional, o diploma civil regula o direito das sucessões para tratar sobre a destinação do patrimônio da pessoa física após a sua morte, sendo sua matéria, assim, a transmissão *causa mortis*. (COELHO, 2009, p. 227)

Como se sabe, suceder significa substituir, “tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos”, a qual pode se dar a substituição do titular de um direito por ato entre vivos ou por ato *causa mortis*, sendo esta última o objeto do direito hereditário. (VENOSA, 2014a, p. 1)

Assim, o Código Civil de 2002 disciplina a matéria em quatro títulos, trazendo suas regras específicas, bem como novidades quanto ao código anterior, de 1916. Das quatro partes em que está dividido – sucessão em geral, sucessão legítima, sucessão testamentária e inventário e partilha – destaca-se as duas primeiras, vez que os dispositivos da “sucessão em geral” tratam a respeito das normas sobre sucessão legítima e testamentária e os da “sucessão legítima” traçam as regras sobre a transmissão da herança em virtude da lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária. (CÓDIGO CIVIL)

Nesse sentido, ressalta-se que há duas espécies de sucessão, quais sejam, a legítima e a testamentária. A primeira, objeto de análise, recebe esta denominação por decorrer da lei, enquanto que a segunda se remete a um ato de última vontade do falecido. (TARTUCE e SIMÃO, 2012, p. 115)

Pois bem, ao tratar sobre sucessão legítima no novo diploma civil, verifica-se que o cônjuge foi elevado à condição de herdeiro necessário, resguardando-lhe a designação diretamente pela lei, sem necessidade da manifestação de vontade do autor da herança (ANTONINI, 2012, p. 2198), de acordo com o texto de Maria Berenice Dias (2011, p. 62):

Sob a égide do Código Civil anterior o cônjuge integrava a ordem de vocação hereditária (CC/1916 1.603 III). Ocupava o terceiro lugar, depois dos descendentes e ascendentes, mas não era herdeiro necessário (CC/1916 1.721). Como era herdeiro facultativo, podia ser excluído da sucessão.

Agora ocupa o mesmo terceiro lugar, mas foi elevado à condição de herdeiro necessário (CC 1.845). Com isso, a parte disponível do patrimônio da pessoa casada foi reduzida à metade. Quando do falecimento de um dos cônjuges, na ausência de descendentes e ascendentes, a herança obrigatoriamente é transmitida ao sobrevivente. Herda a integralidade do patrimônio, independente do regime de bens. [...]

Além de referida inovação, o novo diploma civil estabeleceu a concorrência sucessória, na qual o cônjuge passou a concorrer com descendentes e ascendentes, conforme explica Sílvio Salvo Venosa (2014a, p. 142):

Como já apontamos, o cônjuge está colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, recolhendo a herança integralmente, quando não houver descendentes ou ascendentes do *de cuius*. No entanto, foi atribuída posição mais favorável ao cônjuge no atual Código porque, além de ser herdeiro necessário, poderá ser ele herdeiro concorrente, em propriedade, dependendo do regime de bens, com os descendentes e com os ascendentes, na forma do art. 1.829, I e II.

Também discorre sobre o assunto Maria Berenice Dias (2011, p. 62-63):

Os benefícios do viúvo vão além da condição de herdeiro necessário. Foi elevado à condição de herdeiro concorrente, participando da ordem sucessória juntamente com os descendentes e ascendentes. É o que passou a se chamar de concorrência sucessória. Caso o falecido tenha descendentes, o direito do ex-cônjuge sobre fração da herança depende do

regime de bens do casamento (CC 1.829 I). Quando os herdeiros forem os ascendentes, o direito de concorrência existe sempre, independente do regime de bens (CC 1.836).

Tais inovações, no entanto, geraram algumas controvérsias, uma vez que o direito sucessório se sobrepôs à autonomia da vontade das partes ao elevar o cônjuge à condição de herdeiro necessário concorrente com descendentes e ascendentes. Isso porque o direito de família prevê que ao se casarem, os cônjuges podem optar por determinado regime de bens ou, não o fazendo, prevalece-se o regime da comunhão parcial, em que os direitos patrimoniais são estabelecidos a partir daí.

Conforme estabelece Sílvio Salvo Venosa (2014a, p. 5), “o direito não possui compartimentos estanques. O direito é um só, interpenetra-se.” Assim, a ligação do direito das sucessões com o direito de família é muito estrita.

Nesse sentido, destaca-se que “O primeiro pressuposto que deve ser vencido, quando da abertura de uma sucessão, para que se possa proceder à correta vocação dos herdeiros consiste em perquirir qual o estado civil do autor da herança”. (HIRONAKA, 2004, p. 91)

Assim, o direito sucessório do cônjuge deveria estar relacionado ao regime de bens escolhido pelo casal, mas o Código Civil de 2002 o considerou apenas em algumas situações e até mesmo o descartou em outras, como previsto no artigo 1829, que estabeleceu em quais tipos o cônjuge supérstite não terá direito de concorrer com os descendentes, bem como que o mesmo concorrerá com ascendentes, independentemente do regime de bens:

Artigo 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

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. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;**

II – aos ascendentes, **em concorrência com o cônjuge;**

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais. (grifo)

Diante do inciso I do respectivo dispositivo, verifica-se que o diploma legal previu a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes, mas excetuou a regra com relação aos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória de bens e da comunhão parcial em caso do autor da herança não ter deixado bens particulares, sem, no entanto, destacar o regime da separação convencional.

Pois bem, ao se analisar o critério escolhido pelo legislador para tal disposição, não há como especificar outra razão senão a de tentar proteger o cônjuge sobrevivente, o que não é congruente com a realidade na qual o próprio diploma civil está inserido.

Isso porque, conforme é possível extrair dos tipos de regime de bens previstos, da possibilidade de mesclá-los na elaboração do pacto antenupcial e até mesmo da possibilidade de alteração do regime, desde que respeitados os requisitos necessários, cada regime destacado apresenta suas características distintas, a fim de que os nubentes possam escolher o que melhor se encaixa aos interesses dos mesmos.

Como exemplo, verifica-se que uma das exceções está inserida no campo do regime da comunhão parcial, em caso do *de cujus* não ter deixado bens particulares, uma vez que já terá sido feita a meação. No entanto, contrariamente aos preceitos do direito de família, havendo bens particulares, o diploma civil estabelece a concorrência com descendentes, conforme destaca HIRONAKA (2003, p. 22):

Pode-se concluir, então, no que respeita ao regime de bens reitor da vida patrimonial do casal, que o cônjuge supérstite participa por *direito próprio* dos bens comuns do casal, adquirindo a meação que já lhe cabia, mas que se encontrava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro componente do casal e *herda*, enquanto herdeiro preferencial, necessário, concorrente de *primeira classe*, uma quota parte dos *bens exclusivos* do cônjuge falecido, sempre que não for obrigatória a separação completa dos bens.

Ocorre que, como já mencionado, ao optar por este regime, os nubentes decidem que somente os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento se comunicarão, ainda ressalvadas as exceções. Desta forma,

decidem que os bens particulares não se comunicarão, uma vez que, se assim desejassem, poderiam ter escolhido o regime da comunhão universal.

Além desse exemplo, retoma-se o fato do regime da separação convencional não ter sido citado como exceção no retro inciso para demonstrar mais uma incongruência do dispositivo, que previu o direito de herança ao cônjuge sobrevivente mesmo após o mesmo ter firmado pacto de incomunicabilidade de bens com o *de cujus*.

Destaca-se também que o artigo mencionado traz, nos incisos II e III, mais incongruências, pois coloca o cônjuge sobrevivente em concorrência com ascendentes, independentemente do regime de bens e, ainda, traz o cônjuge sobrevivente na terceira classe, herdando todo o patrimônio reservado à legítima, o que ficou estipulado em razão de sua inserção na classe dos herdeiros necessários, de acordo com as considerações de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 20):

O cônjuge sobrevivo encontra-se, por força desta listagem preferencial de chamamento a herdar, em terceiro lugar, mas posiciona-se favorecido também nas duas primeiras e antecedentes classes, já que o novel legislador dispôs que ele *concorre* com aqueles primeiro chamados a herdar, isto é os descendentes e os ascendentes.

Percebe-se assim o equívoco do legislador ao tentar colocar o cônjuge num patamar elevado, enquadrando-o como herdeiro necessário no novo diploma, principalmente por contraditar as disposições previstas no restante do ordenamento civil, que respeita os princípios da igualdade entre os cônjuges e da autonomia dos mesmos, conforme destaca Rodrigo da Cunha Pereira (2004, viii):

[...] A inserção do cônjuge como herdeiro necessário é resquício de uma época de desigualdade entre os gêneros e tem o sentido de dar proteção ao cônjuge economicamente mais fraco. Ora, isso vai na contramão da história. Primeiro, porque essa proteção contraria o princípio da igualdade e não faz mais sentido, uma vez que a mulher, considerada historicamente o cônjuge mais fraco, já não ocupa mais esse lugar. Segundo, porque as responsabilidades e os compromissos na relação conjugal são diferentes da relação paterno-filial, esta sim, autorizadora da herança necessária. (...)

A respeito do tema, VENOSA (2014a, p. 142) faz o seguinte comentário:

Em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas as impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que se apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei está vigente. Que a apliquem de forma mais justa possível nossos tribunais!

Pois bem, fundamentada a interpretação de que o legislador cometeu um grande erro ao colocar o cônjuge supérstite na condição de herdeiro necessário, cabe retomar a análise do artigo 1.829 e, principalmente do seu inciso I, para analisar especificamente o equívoco de dar ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional, o direito de herança.

Como já mencionado, o legislador estabeleceu critérios contraditórios para determinar o direito de herança, concluindo-se de maneira diversa para regimes de bens semelhantes.

Demonstra-se essa contradição, por exemplo, em relação aos regimes de separação de bens, que embora sejam distintos, já que o da obrigatória decorre da lei e o da convencional da vontade das partes, assemelham-se no fato de serem alicerçados no mesmo instituto da incomunicabilidade do patrimônio, mas que, mesmo assim, resultam em direitos sucessórios distintos, uma vez que o da separação obrigatória exclui a concorrência do cônjuge com os descendentes, enquanto que o da separação convencional nada estabelece o diploma a respeito. Nesse sentido, destaca-se:

Mas há outra incongruência da lei, que diz com o regime da separação convencional eleito pelo par por meio de pacto antenupcial. Entre as exceções ao direito de concorrência, a lei esqueceu de citar este regime de bens (CC 1.829 I). Deste modo acabaria o cônjuge sobrevivente brindado com parte dos bens do falecido, ainda que não tenha sido este o desejo do casal. Sob o fundamento de não haver direito de meação a tendência era assegurar ao viúvo o direito de concorrência. No entanto, quando o casal firmou o pacto antenupcial, elegendo o regime da separação de bens, é porque queriam afastar qualquer efeito patrimonial do casamento. Desrespeitar a expressa manifestação de quem tem a

disponibilidade sobre seus bens fere de morte o princípio do respeito à autonomia da vontade. (DIAS, 2011, p. 165 e 166)

Assim, frisa-se que no intuito de proteger o cônjuge, o Código Civil de 2002 sobrepôs seu direito sucessório à autonomia da vontade do casal, colocando-o em concorrência com descendentes e ascendentes, bem como em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, independentemente do regime de bens escolhido, agindo, porém, de maneira equivocada.

Isso porque, como em relação ao regime de separação convencional de bens, mesmo que o legislador tenha tido a boa intenção de proteger o cônjuge sobrevivente da hipótese de ficar sem patrimônio algum com a viuvez, é inadmissível que respectiva previsão “tenha força o suficiente para desconstruir os efeitos de um pacto feito por livre e espontânea vontade entre duas pessoas maiores e em pleno uso de suas faculdades mentais”. (FIORIN, 2012, p. 102)

É o entendimento Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 377):

Nesse cenário nebuloso, portanto, em que verificamos o descompasso existente entre a norma de direito de família (que prevê, na separação convencional, a opção por uma incomunicabilidade patrimonial) e a norma sucessória (que admite, após a morte do autor da herança, que fora casado em separação convencional, o direito de a sua viúva concorrer com os descendentes), o conhecido direito a legítima, por seu turno, culmina por reforçar a nossa visão crítica a respeito do sistema.

[...]

Poderia, talvez, o legislador resguardar a necessidade da preservação da legítima apenas enquanto os herdeiros fossem menores ou caso padecessem de alguma causa de incapacidade, situações que justificariam a restrição à faculdade de disposição do autor da herança.

Mas estender a proteção patrimonial a pessoas maiores e capazes é, no nosso entendimento, a subversão do razoável.

Conforme já exposto, a opção pelo regime da separação convencional depende de convenção das partes, por meio de pacto antenupcial, o que deveria ser respeitado inclusive após a morte. Não faz sentido o Código Civil de 2002 dar o direito de participar da herança ao cônjuge que pactuou com o de *cujus* a incomunicabilidade patrimonial, conforme destacam Nelson Rosendal e Cristiano Chaves (2012, p. 389):

É certo – e isso não se põe em dúvida – que, elegendo o regime separatório, os noivos estão interessados em promover um completo isolamento patrimonial, afastando toda e qualquer comunhão de patrimônios. Todavia, em dispositivo (art. 1829) de discutível razoabilidade (por afrontar a própria autonomia privada), o Código Civil de 2002 atribuiu a quem é casado no regime de separação convencional de bens o direito de participar da herança do outro, seja concorrendo com os descendentes, seja concorrendo com os ascendentes. Dessa forma, mesmo quando os noivos escolhem, expressamente, a separação absoluta de bens, o legislador atribui direito patrimonial ao cônjuge, garantindo-lhe uma participação na sucessão dos bens daquele que morreu.

Nesse sentido, vale ressaltar também as considerações de Fabrício Dani de Boeckel e Karin Regina Rick Rosa (2012, p. 102):

Admitir que o cônjuge supérstite, que foi casado pelo regime da separação de bens com o *de cujus*, receba herança, competindo com os descendentes do morto, representa um desvirtuamento nas regras patrimoniais do matrimônio que, em vida, o *de cujus* e seu consorte voluntariamente haviam estipulado. [...]

Assim, mesmo que diploma civil tenha optado por proteger o cônjuge supérstite ao colocá-lo na condição de herdeiro necessário, prevendo sua concorrência com descendentes e ascendentes e o colocando em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, não resultou na melhor decisão, mormente pela equivocada aplicação do instituto da separação convencional de bens, uma vez que contrariou a autonomia da vontade dos que optam por respectivo regime, sendo necessária a alteração desse cenário, que reflete em discussões doutrinárias, nos tribunais e insegurança jurídica aos envolvidos.

4. ENTENDIMENTOS A RESPEITO DO TEMA

4.1. Código Civil de 2002 x Decisões dos Tribunais

Conforme já destacado, o Código Civil de 2002 prevê a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes e ascendentes, mesmo em se tratando de relação conjugal regida pelo regime da separação convencional de bens.

Respectiva disposição, porém, recebe inúmeras críticas, o que pode ser evidenciado nas doutrinas cíveis, que confrontam as regras do diploma civil com a prevalência da autonomia da vontade do casal – divergência que reflete nas decisões dos tribunais.

Pois bem, com relação à posição adotada no presente estudo, extrai-se as jurisprudências a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. ARTIGO 1829, I, DO CÓDIGO CIVIL. CÔNJUGE SOBREVIVENTE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. PATRIMÔNIO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE DIREITO SUCESSÓRIO. 1 - A regra do artigo 1.829, I, do Código Civil de 02, deve ser interpretada à luz dos princípios da eticidade, boa-fé e operabilidade. Prevalendo, assim, a autonomia da vontade na fixação do regime matrimonial em vida, também deve-se mantê-lo post mortem. 2 - Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o cônjuge casado no regime da separação obrigatória de bens (gênero do qual são espécies os regimes da separação legal e convencional) não possui direito sucessório sobre os bens do de cujus, sob pena de antinomia entre os artigos 1.829, I, e 1.687, ambos do Código Civil. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. (TJGO. Agravo de Instrumento n. 219665-75.2012.8.09.0000, Relator Fausto Moreira Diniz, 6ª Câmara Cível. Julgado em 02/10/2012. DJe 1164 de 11/10/2012)

INVENTÁRIO - CASAMENTO - SEGUNDAS NÚPCIAS - PACTO ANTENUPCIAL - REGIME - SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS - PARTICIPAÇÃO DA VIÚVA COMO HERDEIRA NECESSÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - Viúva casada com o 'de cujus' pelo regime da separação de bens, não é herdeira necessária em concorrência com os descendentes. Decisão mantida. Agravo a que se nega provimento. (TJSP. Agravo de Instrumento n. 2241759420118260000 SP 0224175-94.2011.8.26.0000, Relator Percival Nogueira, 6ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 20/10/2011. DJe 26/10/2011)

INVENTÁRIO - Separação de bens convencional - Pretendida habilitação da viúva como herdeira necessária - Teor do art. 1.829, I, do Código Civil que, embora fale na separação obrigatória de bens, estende-se também aos que se casaram em regime de separação convencional - Interpretação extensiva que leva em conta a vontade ao tempo da celebração de que não se constituísse patrimônio comum - Possibilidade, contudo, que o cônjuge sobrevivente herde, caso não existam ascendentes ou descendentes do inventariado, a teor do art. 1.838 do Código Civil, mas que a respeito não há informação nos autos - Decisão mantida - Recurso desprovido. (TJSP. Agravo de Instrumento n. 20380030520148260000 SP 2038003-05.2014.8.26.0000, Relator Mendes Pereira, 7ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 05/11/2014. Data de Publicação: 05/11/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. TESTAMENTO. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS VOLUNTÁRIO. HERDEIRO. LEGATÁRIO. PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DE HERANÇA. I - O CÔNJUGE CASADO SOB O REGIME VOLUNTÁRIO DA SEPARAÇÃO DE BENS NÃO É HERDEIRO NECESSÁRIO, E, POR ISSO, NÃO TEM DIREITO À LEGÍTIMA. II - ANALISANDO AS DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE, VERIFICA-SE QUE O AGRAVANTE FOI CONSTITUÍDO LEGATÁRIO, POR ISSO POSSUI DIREITO APENAS AOS BENS QUE, NO TESTAMENTO, LHE FORAM DESTINADOS DE FORMA INDIVIDUALIZADA. IMPROCEDE PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DE HERANÇA. III - AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJDF. AGI n. 20140020046604 DF 0004689-33.2014.8.07.0000, Relatora Vera Andrighi, 6ª Turma Cível. Julgado em 14/05/2014. DJe 03/06/2014)

Ambas as jurisprudências se pautam na existência da escritura de pacto antenupcial, no casamento por liberalidade própria dos nubentes, que decidem se unir sob o regime de separação de bens, ou seja, que embora pudesse escolher qualquer outro regime, seja o da comunhão parcial, seja o da comunhão universal, o casal opta pelo regime da separação de bens com o intuito de não construir patrimônio comum em razão da celebração de casamento.

Além disso, destacam que não há como admitir que, em decorrência da morte de um dos cônjuges, ao fim do casamento seja alterada a vontade do casal, demonstrada por meio do regime pactuado em vida.

E, por fim, ressaltam a impossibilidade de equiparar o cônjuge sobrevivente do regime de separação convencional de bens à condição de herdeiro necessário para a concorrência sucessória, mormente pela colisão entre os artigos 1.829, I e 1.687 do Código Civil, uma vez que o segundo dispositivo prevê a administração exclusiva de cada um dos cônjuges casados sob o regime da separação de bens.

Em contrapartida, com o intuito de demonstrar a divergência de entendimento sobre o tema, destaca-se alguns julgados pautados no diploma civil,

em favor da condição do cônjuge sobrevivente de herdeiro necessário e do direito à concorrência sucessória com descendentes, sob o argumento do artigo 1.829, I, tratar apenas de exclusões relacionadas a outros regimes de bens:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - INCLUSÃO DA VIÚVA DO DE CUJUS NO INVENTÁRIO - CASAMENTO CELEBRADO SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS HERDEIRA NECESSÁRIA - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 1829, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL - O REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS QUE AFASTA O CÔNJUGE SOBREVIVENTE DA SUCESSÃO É O OBRIGATÓRIO. DECISÃO MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP. Agravo de Instrumento n. 20454106220148260000 SP 2045410-62.2014.8.26.0000, Relator Erickson Gavazza Marques, 5ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 26/11/2014. DJe 28/11/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - DIREITOS SUCESSÓRIOS - CÔNJUGE SOBREVIVENTE - REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS - ARTIGOS 1.829, INCISO I E 1.845, AMBOS DO CC/02 - INTERPRETAÇÃO - CÔNJUGE COMO HERDEIRO LEGÍTIMO E NECESSÁRIO, EM CONCORRÊNCIA COM OS HERDEIROS DO AUTOR DA HERANÇA - HABILITAÇÃO NO INVENTÁRIO - NECESSIDADE. A mais adequada interpretação, no que respeita à separação convencional de bens, é aquela que entende ter o cônjuge direitos sucessórios em concorrência com os herdeiros do autor da herança, sendo essa, de resto, a interpretação literal e lógica do próprio dispositivo. Soma-se a isso o fato de que o direito à meação não se confunde com o direito à sucessão. (TJMG. Agravo de Instrumento n. 10701130091625001 MG, Relator Geraldo Augusto, 1ª Câmara Cível. Julgado em 03/12/2013. DJe 12/12/2013)

Percebe-se que os entendimentos divergentes sobre o tema estão presentes em diversos tribunais de justiça do país, o que alcançou também o Superior Tribunal de Justiça que, ao invés de solucionar a problemática existente, trouxe mais insegurança jurídica sobre o tema, o demonstra ainda mais a necessidade de uniformização, conforme será demonstrado no próximo tópico.

4.2 Jurisprudências do STJ

Diante da controvérsia apresentada, o Superior Tribunal de Justiça julgou caso específico relacionado ao tema, com fundamentação distinta da do Código Civil, para excluir o direito do cônjuge de concorrência sucessória com descendentes. É o entendimento da Relatora Ministra Nancy Andrighi:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjugue sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

- O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal – declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal – é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.
- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.
- Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.
- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de lealdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.
- O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado. (STJ. Recurso Especial n. 992.749/MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgado em 01.12.2009. DJe 05.02.2010)

Conforme se verifica da ementa do julgado, entende-se que o STJ decidiu de maneira correta, com o intuito de corrigir o erro do diploma civil de elevar o direito sucessório do cônjuge a um patamar tão elevado que desrespeitou os próprios preceitos do direito de família.

Ocorre porém que, embora o STJ tenha julgado de acordo com o entendimento correto, tal decisão foi pautada em fundamentos não robustos, caracterizando insegurança jurídica sobre o tema.

Ao trazer à tona a tese de Miguel Reale, a Relatora defendeu que ambas as hipóteses de separação de bens são obrigatórias, em que na convencional “os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial contrato solene lavrado por escritura pública”, enquanto que na legal “a obrigação é imposta

por meio de previsão legal” e, por isso, a exclusão do artigo 1.829, I, engloba o regime de separação convencional de bens.

Embora seja verdade que considerar o cônjuge sobrevivente herdeiro necessário suscita antinomia entre os artigos 1.829, I, e 1687, do Código Civil, não cabe aqui colocar a separação obrigatória como gênero, na qual são espécies a legal e a convencional.

A necessidade de se alterar o entendimento previsto no diploma civil não pode ensejar insegurança jurídica, o que é criticado no texto a seguir:

É bem verdade que, nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão, tentou contornar o absurdo dessa concorrência de direito sucessório da(o) viúva(o) que fora casada(o) em separação convencional, sob o argumento de que *o regime da separação obrigatória seria um gênero que abrangeria também o da separação convencional* e que, por isso, dada a exclusão do direito daquele casado no regime obrigatório, a mesma ressalva incidiria em face daqueles que optaram, mediante pacto antenupcial, pelo regime convencional.

[...]

Trata-se de uma argumentação, *data vênia*, completamente descabida.

Não tem sentido considerar-se “obrigatório” o regime da separação convencional – aquele em que a separação de bens é livremente escolhida -, pelo simples fato de se tratar de um regime de bens previsto por lei.

[...]

Em síntese: a separação convencional é, sem sombra de dúvidas, um regime de bens completamente diferente do da separação obrigatória e com este não pode ser confundido.

[...]

Ora, se a norma contida no inc. I do art. 1.829 é infeliz – dada a contradição acima apontada -, busquemos outros caminhos hermenêuticos para permitir a sua aplicação possível, mas não utilizemos um argumento deste teor, por conta da sua completa impossibilidade jurídica. (GAGLIANO e FILHO, 2012, p. 377)

Em contrapartida, a fim de demonstrar a controvérsia sobre o tema, destaca-se ainda que mais recentemente o STJ julgou em sentido diverso da decisão anterior, para considerar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente com casamento regido sobre o regime da separação convencional, conforme ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM

DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.

1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna.

2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.

3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cedição no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem.

5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil.

6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.

7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular.

9. Recurso especial não provido.

(STJ. Recurso Especial n. 1472945/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª Turma. Julgado em 23/10/2014. DJe 19/11/2014)

Ao manter a decisão de primeira instância, verifica-se que o relator decidiu de acordo com as disposições sucessórias do Código Civil, afastando a alegação de pacificação da matéria pelo STJ em razão do julgamento anterior já mencionado (REsp n. 992.7249/MS).

Ocorre que os fundamentos utilizados por este último julgado, que reconheceu o direito de herança ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional, vão contra os preceitos defendidos no decorrer do presente trabalho e serão refutados a seguir, nos termos dos princípios da igualdade entre os cônjuges e da autonomia dos mesmos.

Conforme se pode extrair da ementa, o respectivo julgado considerou, primeiramente, que o diploma civil agiu de maneira correta ao colocar o cônjuge sobrevivente na condição de herdeiro necessário, com o intuito de lhe garantir o mínimo necessário para uma sobrevivência digna, mesmo que casado sob o regime de separação convencional e independentemente do período de duração do casamento, considerando tal fato um grande avanço no campo sucessório, nos termos do princípio da vedação ao retrocesso social.

Ocorre porém que a realidade atual prescinde de respectiva proteção. Com o mesmo entendimento trazido por renomados autores no decorrer do trabalho, a sociedade dos dias de hoje não reflete mais a desigualdade entre os cônjuges, principalmente entre homens e mulheres maiores e capazes que optam por celebrar um casamento sob o regime da separação convencional. Vale mencionar ainda que a opção por respectivo regime não impede o casal, por livre e espontânea vontade, de adquirir bens conjuntamente por meio de contrato, ou até mesmo de haver doação de bens de um para o outro, respeitando-se assim a autonomia da vontade do casal.

Além disso, o julgado ressaltou que o pacto antenupcial trata de questões como a incomunicabilidade de bens e seu modo de administração no curso do casamento, o que não produz efeitos após a morte, já que não existe ultratividade do regime patrimonial que faça com que a intransmissibilidade patrimonial perpetue *post mortem*, ou seja, que a sociedade conjugal cessa com a morte de um dos cônjuges e que, a partir daí, incidem as regras próprias do direito sucessório, que tem como fato gerador a morte de um dos cônjuges e não, conforme o direito de família, a vida em comum - situações distintas que não permitem tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade.

É incabível, entretanto, considerar que a vontade dos nubentes consolidada na escolha de determinado regime de bens não deve se estender ao direito sucessório. Se assim o fosse, não caberia ao próprio dispositivo que trata

sobre a concorrência sucessória com descendentes (artigo 1.829, I) relacionar o direito de herança dos cônjuges aos tipos de regimes de bens. Destaca-se ainda que o diploma civil prevê a sucessão testamentária, que corresponde a um ato de última vontade do *de cujus* que produz efeitos após a morte.

Assim, o que se verifica é a tentativa, equivocada, de se separar os institutos do direito sucessório do direito de família para conseguir fundamentar a decisão errônea do legislador de ter elevado a proteção do cônjuge supérstite a um patamar excessivo, fora da realidade, em contraposição com os princípios constitucionais aqui mencionados.

Fundamentou também, o relator, que a previsão legal de concorrência sucessória na separação convencional, principalmente por não ter sido arrolada como uma das exceções, corresponde à norma de ordem pública, não podendo ter convenção em sentido contrário, e que não pode o intérprete restringir onde não há norma excepcionando, sob pena de violação da Teoria da Separação dos Poderes.

Destaca-se, porém, de acordo com as considerações aqui expostas, que o que se busca não é restringir determinado direito, mas interpretar as regras de direito sucessório de maneira correta, mais próxima da sociedade a que é direcionada e de acordo com as demais regras do ordenamento jurídico civil, a fim de solucionar um equívoco do legislador.

Nesse sentido, entende-se pela legitimidade da intervenção do Poder Judiciário que, diante de norma causadora de discussões doutrinárias e nos tribunais, busca alcançar a melhor interpretação até que se resolva o erro de maneira mais segura, ou seja, por meio de alteração legislativa, o que se defende neste trabalho.

Por fim, o julgado destacou que o referido regime, por ter sido escolhido livremente pelos nubentes, nos termos do princípio da autonomia da vontade, não se confunde com a separação obrigatória, discordando-se da classificação da separação convencional como espécie da obrigatória e que, conforme assegurado ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial o direito de herança dos bens particulares do *de cujus*, tem direito também o casado sob o regime da separação convencional, vez que composto apenas por acervo particular.

Pois bem, não há dúvida que o regime da separação convencional não é espécie do da separação obrigatória e muito menos com esse se confunde. Ocorre, porém, que ambos são pautados no instituto da incomunicabilidade de bens e, por tal razão, os dois deveriam ensejar o mesmo resultado no direito sucessório, qual seja, não dar direito de herança ao cônjuge sobrevivente, sendo um em razão de vontade das partes e o outro por imposição legal.

Ainda, com relação à comparação feita pelo relator do regime da separação convencional com o da comunhão parcial, destaca-se que não corresponde a fundamento para que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional tenha o direito de herança para concorrer com descendentes. Isso porque, embora não seja objeto deste estudo, entende-se que não há razão para o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial, concorrer com os descendentes em caso do *de cuius* ter deixado bens particulares, pois se assim desejassem, teriam optado pelo regime da comunhão universal, confirmando-se a incongruência do legislador, que desconsiderou a autonomia dos nubentes em mais uma situação.

Percebe-se assim que o julgado mais recente do STJ não trouxe fundamentações robustas para justificar as regras incongruentes do direito sucessório, uma vez que para defender a validade da condição de herdeiro necessário do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional, bem como sua concorrência com descendentes, pautou-se em princípios como o do mínimo existencial, da vedação ao retrocesso social e da especificidade, inaplicáveis no caso em questão, pelos mesmos motivos apresentados no decorrer do trabalho.

4.3. Elucidação do tema e importância da Segurança Jurídica

Ao se analisar o tema, verifica-se que a divergência doutrinária alcançou os tribunais e, por falta de uma posição consolidada a respeito e de uma legislação coerente, instaurou-se uma insegurança jurídica sobre o tema.

Isso porque, embora se defenda pela interpretação dos tribunais de que a autonomia de um casal que opta pelo regime da separação convencional de bens deve prevalecer e se estender ao direito de herança, percebe-se a

necessidade de alteração do diploma civil para a manutenção da segurança jurídica, indispensável para a aplicação correta do direito.

Conforme esclarecem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2014, p. 2092):

[...] De fato, a solução do CC 1829 I não se coaduna com a finalidade institucional do regime jurídico da separação de bens no casamento. Manifestações da doutrina e do público em geral evidenciam, entretanto, que a vontade da lei não corresponderia à vontade geral com relação, principalmente, à condição de herdeiro dos casados sob o regime da separação *convencional* de bens. **Destarte, fazemos sugestão para que a norma possa ser reformada, no sentido de excluir-se do CC 1829 I a expressão “obrigatória”,** bem como a remissão equivocada ao CC 1640 par.ún. Com isso, não concorreria com o herdeiro descendente do morto o casado sob o regime da separação de bens, em qualquer de suas duas modalidades (separação obrigatória e separação convencional). [...] (grifo)

Assim, de acordo com a sugestão dada por estes renomados autores, entende-se que o Código Civil deve ser alterado para retomar a congruência antes havida entre as regras de direito de família e direito sucessório, com o intuito de se respeitar a autonomia da vontade dos nubentes.

CONCLUSÃO

O novo diploma civil optou por elevar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário. Para tanto, desconsiderou a autonomia da vontade do casal de escolher a destinação do patrimônio por meio de determinado regime de bens para estabelecer a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes, a depender do regime de bens, bem como com ascendentes, independentemente do regime de bens, e para incluí-lo na terceira classe da ordem de vocação hereditária, o que fez de maneira equivocada.

Isso porque, além de utilizar um critério desproporcional, colocando o cônjuge sobrevivente em um patamar muito elevado para a realidade atual, o novo diploma civil relacionou o direito sucessório com o direito de família de modo incongruente, ao estabelecer, na concorrência sucessória com descendentes, os tipos em que estaria excluída a concorrência, sem considerar corretamente os efeitos patrimoniais de cada regime de bens.

Assim, entre as hipóteses excluídas, o legislador destacou a comunhão universal, a separação obrigatória e a comunhão parcial, em caso do *de cuius* não ter deixado bens particulares, sem, no entanto, ressaltar a separação convencional.

Ocorre, porém, que embora o Código Civil preveja que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação convencional tenha direito de concorrer com descendentes, não se conclui que respectiva disposição esteja de acordo com os princípios constitucionais relacionados e os preceitos do direito de família e do direito das sucessões, uma vez que há incongruência no fato de uma pessoa que optou pela incomunicabilidade de bens, ter direito de herança sob os bens deixados pelo *de cuius*.

Em razão disso, decidiu-se estudar a referida contradição, mormente pelo fato de cada regime de bens influenciar distinta e contraditoriamente no direito de herança do cônjuge sobrevivente, sem espelhar, em determinadas situações, a autonomia da vontade dos nubentes que pactuaram, em vida, a destinação de seus patrimônios.

Nesse sentido, para melhor elucidação do tema, buscou-se analisar a evolução do direito das sucessões, os tipos de regimes de bens e seus respectivos efeitos patrimoniais, o entendimento dos renomados doutrinadores sobre a contradição do artigo 1.829, do diploma civil, e as decisões dos tribunais e do STJ sobre a problemática em questão.

Assim, em relação à evolução do direito sucessório, destacou-se que o direito sucessório surgiu com a consolidação da família e a necessidade de dar continuidade patrimonial para a realização do culto doméstico. A partir daí, suas características foram se formando de acordo com as tendências de cada época – o que anteriormente se caracterizava pela essência extrapatrimonial, passou a ser visto sob o ponto de vista material, patrimonial.

Ocorre, porém, que entre as principais características que marcaram o direito sucessório, não havia tido, antes do novo diploma civil, uma previsão de proteção ao cônjuge sobrevivente em um patamar tão elevado. Mesmo quando ainda havia uma desigualdade marcante entre homens e mulheres, realidade distante da atual, a autonomia da vontade do casal tinha papel mais relevante no direito sucessório.

Percebeu-se, assim, que mesmo com a evolução e a inserção de novos entendimentos, o atual diploma civil trouxe regras pautadas em um caráter conservador, contrárias aos princípios da autonomia da vontade e da igualdade entre os cônjuges.

Pois bem, em se tratando dos regimes de bens, pontuou-se cada tipo com o intuito de se demonstrar, a partir de suas características peculiares, a prevalência da liberdade de escolha do casal e a necessidade de se estendê-la para o direito de herança.

Em seguida, pautando-se nos entendimentos de renomados autores cíveis, construiu-se a fundamentação de que o diploma civil agiu equivocadamente ao elevar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, principalmente por ter o colocado em concorrência sucessória com descendentes por meio de critérios contraditórios e descabidos, destacando-se o regime de separação convencional de bens.

Por fim, fez-se a análise das decisões dos tribunais sobre o direito de herança do cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens com o intuito de demonstrar a divergência sobre o tema e a atual insegurança jurídica e, assim, reforçar a necessidade de elucidação do tema.

Isso porque, demonstradas as razões que fundamentaram a conclusão de que o atual diploma civil não aplicou da melhor maneira o instituto da separação convencional de bens ao dispor sobre o direito de herança do cônjuge sobrevivente, é imprescindível a imediata alteração das regras de direito sucessório relacionadas ao tema para adequação do diploma civil aos preceitos constitucionais que abarcam o direito de família e o direito sucessório, como única saída para pôr fim às discussões doutrinárias e dos tribunais e, oferecer assim, a merecida segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONINI, Mauro. Sucessões – Arts. 1784 a 2.027. *In*: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 6 ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012. p. 2133-2362.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:20.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:30.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03/11/2014 às 10:30.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749/MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgado em 01.12.2009, DJe 05.02.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 30/10/2014 às 11:00.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.472.945/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, 3ª Turma. Julgado em 23/10/2014. DJe 19/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 30/11/2014 às 09:00.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. AGI: 20140020046604 DF 0004689-33.2014.8.07.0000, Relator Vera Andrighi, 6ª Turma Cível. Julgado em 14/05/2014. DJe 03/06/2014. Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento n. 219665-75.2012.8.09.0000, Relator Fausto Moreira Diniz, 6ª Câmara Cível. Julgado em 02/10/2012. DJe 1164 de 11/10/2012. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>. Acesso em: 20/11/2014 às 11:00.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 10701130091625001 MG, Relator Geraldo Augusto, 1ª Câmara Cível. Julgado em 03/12/2013. DJe 12/12/2013. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 20/11/2014 às 11:00.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2241759420118260000 SP 0224175-94.2011.8.26.0000, Relator Percival Nogueira, 6ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 20/10/2011. DJe 26/10/2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 30/11/2014 às 11:30.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n.: 20380030520148260000 SP 2038003-05.2014.8.26.0000, Relator Mendes Pereira, 7ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 05/11/2014. DJe 05/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 30/11/2014 às 11:30.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 20454106220148260000 SP 2045410-62.2014.8.26.0000, Relator Erickson Gavazza Marques, 5ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 26/11/2014. DJe 28/11/2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 30/11/2014 às 11:30.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Família – Arts. 1.511 a 1.783. *In*: PELUSO, Cezar. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 6 ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012. p. 1619-2132.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família; sucessões**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. 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.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4 ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 6.

FILHO, Rodolfo Pampolha; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

FIORIN, Fernanda Siqueira. Reflexos do regime de bens do casamento e da autonomia da vontade no direito das sucessões. *In*: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick (Organ.). **Direito de família: em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 97-107.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes. Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, em 26 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_concorrencia.pdf>. Acesso em: 20/11/2014, às 11:00.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Alguns aspectos da ordem da vocação hereditária no novo Código Civil. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 667-717.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. 5 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2012. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 7. (a)

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 6. (b)