

TÍTULO I - O FIM DA CULPA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Partindo-se da indagação sobre a existência da culpa, observa-se a transformação do Direito de Família, sucessivamente reformado até o fenômeno de *objetivação* das relações familiares, facilitando-se o acesso ao divórcio, afastando-se do modelo francês e aproximando-se dos modelos alemão e do sistema de *Common Law*, com o progressivo desapego do legislador pela inculpação.

Discutir a inculpação no ordenamento jurídico brasileiro posterior à Emenda Constitucional nº 66/2010 permite desenhar os contornos dos deveres conjugais e entre os companheiros e, ainda que obliquamente, levar à resposta sobre a natureza das relações familiares no século XXI.

Em seguida, no próximo capítulo, examina-se a inculpação no Direito das Sucessões e, por fim, os eventuais conflitos com os Direitos de Personalidade, tendo em vista suas projeções *post mortem*.

1 A culpa e seus reflexos no Direito de Família: desenvolvimento histórico

A culpa, no Direito de Família, advém de forte influência da religião e da moral. O descumprimento de deveres conjugais, especialmente o de fidelidade, foi, em todas as épocas, imposto à mulher com um caráter especialmente rigoroso.

A legislação dos Hebreus punia de morte a mulher adúltera e seu cúmplice, a menos que o marido preferisse repudiá-la sem dote. No Egito, cortava-se o nariz da adúltera para que ela portasse, para o resto de sua vida, as marcas de sua desonra. Em Atenas, pronunciava-se uma pena infamante. As leis romanas autorizavam o divórcio, a benefício do marido, quando sua esposa fosse considerada culpada de adultério. Mas, até o reinado de Augusto, o marido conservava o direito de puni-la com a morte, se a surpreendesse em flagrante delito¹.

Em Roma, a família foi estruturada a partir do poder paterno e da monogamia no casamento. *Domus* era o termo utilizado para designar a habitação, mas englobava também a *família residencial*. A palavra *família* abrangia, ainda, para além dos escravos e dos bens, os descendentes submetidos à *potestas* de um mesmo *pater familias*.

A família romana, independentemente de ser ou não ameaçada por eventual impossibilidade de procriar, podia formar-se com autonomia dos laços sangüíneos. A adoção era amplamente utilizada, seja por razões políticas, ou para assegurar a continuação de uma estirpe, mas também como meio de controlar o movimento dos patrimônios, porque as heranças que o adotado recebesse caberiam ao *pater familias*.

O afeto não foi um alicerce da família romana. De acordo com Fustel de Coulanges, "o que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso

¹ BONIFACE-DELCRO, J. *Études sur la condition légale des femmes dans la famille*. Paris: Imprimerie de Pommeret et Moreau, 1858, p. 56-57.

que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados"².

A primeira instituição estabelecida pela religião doméstica foi o casamento³, que era "um estado assente num consenso"⁴.

O casamento era um ato religioso e não poderia ser diferente tratando-se de um povo que gostava de agir de acordo com a divindade e antes de qualquer ato, mesmo os mais insignificantes da vida, consultava a vontade dos deuses⁵.

Para que houvesse o *matrimonium iustum* eram necessários três requisitos: consentimento, puberdade (doze anos) e *conubium* (liberdade, cidadania e ausência de circunstâncias impeditivas, como parentesco, condição social etc)⁶. Segundo Bonfante, o casamento, em Roma, era uma situação de fato que se iniciava com a manifestação de vontade do homem e da mulher e perdurava enquanto se conservasse o elemento subjetivo da *affectio maritalis* (intenção dos cônjuges de permanecerem casados)⁷.

A dissolução do casamento se dava em decorrência da morte de um dos cônjuges, da perda do *conubium* e pelo divórcio. A perda do *conubium*, consoante explanação de Moreira Alves, podia ocorrer se um dos consortes sofria *capitis deminutio*, pela perda do *status libertatis* ou *civitatis*, por exemplo, quando em razão serviço militar o cônjuge se tornasse prisioneiro⁸.

O divórcio também promovia a dissolução do casamento. Dois vocábulos eram utilizados: *divortium* e *repudium*. Bonfante sustenta que, até a época dos imperadores cristãos, *divortium* designava o estado de ruptura do

² COULANGES, Fustel de. *La cité antique*. 25 ed., Paris: Librairie Hachette, 1919, p. 40.

³ *Idem*, p. 41.

⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 67.

⁵ GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*. (trad. Hildegard Fernanda Fiest). São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 67.

⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2, p. 300.

⁷ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: G. Giappichelli, 1946, p. 137.

⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2, p. 320.

vínculo conjugal e *repudium* o ato pelo qual se manifestava a vontade de terminar o casamento. A partir dos imperadores cristãos, *divortium* traduzia a dissolução bilateral e *repudium* a extinção unilateral do casamento⁹.

Inicialmente, eram raros os casos de divórcio. O primeiro caso mencionado pela tradição remonta a 231 a.C., em que Espúrio Carvílio Ruga teria repudiado a esposa por ser ela estéril, como permitiam os costumes¹⁰. Em 18 a.C., Augusto determinou, na *Lex Iulia de adulteriis*, que o *divortium* deveria ser pronunciado na presença de sete testemunhas e comunicado ao outro cônjuge¹¹.

Sob Justiniano, a mulher adúltera podia ser reclusa em um convento por toda sua vida. Entre os povos germânicos, o marido era investido do direito de *correção doméstica* contra a esposa infiel¹².

A condição da mulher na família era miserável e sofreu modificações, inicialmente, graças à influência do cristianismo, que proclamou o dogma da igualdade e do respeito à personalidade humana.

O direito canônico reconheceu as *separationes a mensa et thoro* (separações de cama e mesa), que podiam ser concedidas se "os princípios da verdadeira religião estivessem ameaçados ou em que o bem-estar espiritual ou físico de um dos cônjuges estivesse em risco"¹³. As hipóteses básicas eram: adultério, crueldade e heresia ou apostasia (abandono da fé).

Mas, na Europa, poucas eram as ações de separação ou anulação do casamento. Na cidade belga de Ghent, por exemplo, houve de três a seis

⁹ BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano*. Diritto di famiglia. Milano: Giuffrè, 1963, v. 1, p. 332-335.

¹⁰ GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*. (trad. Hildegard Fernanda Fiest). São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 77.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2, p. 321.

¹² BONIFACE-DELCRO, J. *Études sur la condition légale des femmes dans la famille*. Paris: Imprimerie de Pommeret et Moreau, 1858, p. 56.

¹³ PHILLIPS, Roderick. *Desfazendo o nó: Breve história do divórcio*. (trad. Silva Matos e Lemos). Lisboa: Terramar, p. 22.

separações entre os anos de 1349 e 1390, em um montante de cerca de doze mil casamentos existentes¹⁴.

No século XIV, punia-se a infidelidade feminina com o chicote; mais tarde, raspavam-lhe os pelos e internavam-na por toda a vida em um convento, destituída do dote e de todos os benefícios contidos na convenção matrimonial¹⁵, o que se verificava em várias cidades européias.

Na síntese de Franz Wieacker, desde a Alta Idade Média, particularmente depois do segundo Concílio de Latrão, de 1215, as relações pessoais do Direito de Família fundaram-se cada vez mais no direito eclesiástico que, por sua vez, inspirava-se no direito romano (*consensus facit nuptias*). Mais tarde, a Reforma luterana influenciou o sistema matrimonial de vários países¹⁶.

Na Inglaterra, o catalisador da ruptura entre Henrique VIII e Roma foi a recusa do Papa Clemente VII, em 1529, para que o rei tivesse seu casamento com Catarina de Aragão anulado a fim de se casar com Ana Bolena. Henrique alegava que queria ter um herdeiro varão para estabilizar a dinastia Tudor, mas do casamento com Catarina só lhe restava uma filha (Maria), pois os outros cinco filhos não haviam sobrevivido e sua esposa tinha sofrido diversos abortos, sendo improvável que pudesse dar-lhe um filho. O interessante, sob o prisma histórico, é que Henrique não se divorciou de Catarina - o que teria sido possível tendo em vista o estabelecimento de sua própria Igreja reformista. A recusa do rei em se divorciar atrasou a introdução desse instituto na Inglaterra em quase trezentos anos. Entre os Estados europeus cujas Igrejas tinham se separado de Roma no século XVI, somente a Inglaterra não abandonou a doutrina da indissolubilidade matrimonial. Alemanha, Suíça, Holanda, Dinamarca, Noruega, Suécia, Islândia e Escócia reconheceram o divórcio com fundamento em adultério e abandono. O adultério e o abandono

¹⁴ PHILLIPS, Roderick. *Desfazendo o nó: Breve história do divórcio*. (trad. Silva Matos e Lemos). Lisboa: Terramar, p. 23.

¹⁵ BONIFACE-DELCRO, J. *Études sur la condition légale des femmes dans la famille*. Paris: Imprimerie de Pommeret et Moreau, 1858, p. 57.

¹⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed., (trad. A. M. Botelho Hespánha). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 257.

permaneceram como as únicas causas de pedir para o divórcio na Escócia até 1938¹⁷.

Os protestantes rejeitaram o sacramento, mas consideravam o casamento uma instituição divina, e, portanto, religiosa¹⁸.

A noção de casamento como um contrato civil tomou um novo rumo e teve especial apelo, mais tarde, na França revolucionária, cuja celebração civil se tornou obrigatória pelo Decreto de 20 de setembro de 1792, criando um sistema de registro secular que serviu de referência para diversos países, além de ter introduzido o divórcio¹⁹.

No entanto, tais influências não se fizeram sentir tão profundamente no Brasil, pois aqui os impactos da situação na Península Ibérica foram, até pela condição de colônia, muito mais visíveis.

Foi na Península Ibérica que a Contra Reforma mais se fortaleceu, abdicando, Portugal e Espanha, de interferir na legislação canônica, aplicável em matéria de direito civil, ao casamento²⁰. O Concílio de Trento (1545-1563), em reação à Reforma, teve grande importância em matéria de casamento, que deveria ser celebrado na Igreja, na presença do sacerdote e subsequentemente registrado. Também foram reafirmadas a sacralidade e a indissolubilidade do matrimônio. A Igreja, ao considerar o casamento um sacramento, infundiu-lhe caráter do *Triplex bonum matrimonii*: indissolubilidade (*bonum sacramenti*), fidelidade (*bonum fidei*) e procriação (*bonum prolis*)²¹.

Esclarece Miguel Reale que Portugal procurou conciliar o ideal religioso herdado da Idade Média com a *razão de Estado* trazida por Maquiavel e o

¹⁷ PHILLIPS, Roderick. *Desfazendo o nó: Breve história do divórcio*. (trad. Silva Matos e Lemos). Lisboa: Terramar, p. 41-49.

¹⁸ MELLO, Duarte de Roboredo Sampaio e. *Família e divórcio*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1906, p. 135.

¹⁹ SZRAMKIEWICZ, Romuald. *Histoire du droit français de la famille*. Paris: Dalloz, 1995, p. 33.

²⁰ DE CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96.

²¹ JEDIN, Hubert. *Historia del Concilio de Trento*. (trad. Ernest Graf). Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1981, t. 3, p. 104 e segs.

Renascimento, por meio da ideia de uma comunidade nacional coesa, em que a religião cristã era um dos fatores preponderantes²².

Isso explica todo o ideário das navegações lusitanas, *daqueles Reis que foram dilatando a Fé e o Império*, por toda parte, no canto de Camões²³.

Assim, enquanto os saxões sofreram ascendência da Reforma, na América Latina preponderaram as doutrinas provenientes da Contra Reforma.

No Brasil, o casamento regulado pelo direito canônico, nos moldes definidos desde o Concílio de Trento (celebração perante o pároco, precedida de enunciações, na presença de testemunhas e concluído pela benção nupcial), foi a forma exclusivamente recebida pelo Direito, sem maiores questionamentos ou resistências, tendo em vista que a maioria dos brasileiros era católica.

Em 1765, as prescrições do Concílio de Trento foram codificadas nas Constituições do Arcebispado da Bahia, para facilidade de consulta, uma vez que estavam vigorando há muito tempo, desde que o regente de Portugal editou o Alvará de 12 de setembro de 1564, oficializando, em todo o território lusitano e colônias ultramarinas, aquelas disposições²⁴.

No entanto, com a crescente presença de imigrantes e suas novas crenças surgiu a necessidade de ser admitida uma forma mais ampla de casamento, até que a Lei nº 1.144 de 11 de setembro de 1861 estabeleceu o denominado casamento *acatólico*, entre pessoas pertencentes a religiões cristãs não católicas e celebrado segundo o respectivo rito²⁵.

O Decreto de 17 de abril de 1863, ao regulamentar a Lei nº 1.144/1861, adotou três modos de casamento, todos indissolúveis: o *católico*, o *misto* e o *acatólico*. O casamento católico era celebrado segundo as prescrições do

²² REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977, p. 75-105.

²³ CAMÕES, Luís de. *Obras completas. Os Lusíadas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2005, p. 9.

²⁴ LIMA, Domingos Sávio Brandão. *A nova lei do divórcio comentada*. São Paulo: O. DIP Editores Ltda, 1978, p. 145.

²⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5. ed., 1933, p. 59-60.

Concílio de Trento e as disposições do Arcebispado da Bahia. O misto era contraído segundo essas mesmas disposições, mas envolvia a união entre um católico e um cristão dissidente. O acatólico, regulado pela lei de 1861, era o que se dava entre pessoas pertencentes a seitas cristãs não católicas e celebrado conforme o respectivo rito²⁶.

Contudo, entre os indígenas ainda não convertidos prevaleciam os costumes próprios de suas respectivas tribos.

Os Tupis deviam se distinguir nos combates por algum ato de valor para obterem as mulheres com as quais quisessem se aliar. Conseguidas que fossem, tinham elas dos seus maridos os ornatos mais primorosos que podiam adquirir; e o recato e desvelo com que eram tratadas as tornavam de uma fidelidade a toda prova, e inseparáveis de seus maridos em todas as situações de sua vida. O adultério era punido de morte. Mas a prole adulterina era adotada, e recebida na família como legítima²⁷.

Os Tupinambás, com o uso herdado dos Tupis, apresentavam uma certa prática de poligamia. Mas era a primeira mulher recebida a que tinha os direitos exclusivos de esposa, o regime doméstico e o predomínio sobre as outras²⁸.

Em suma, verifica-se que o adultério, principalmente da mulher, em diferentes povos e épocas, sempre foi preocupação do legislador, também se fazendo presente, quando não positivado, por meio dos costumes.

Mais tarde, a Lei de 20 de outubro de 1823 determinou que vigorassem no Império as Ordenações Filipinas e as demais leis emanadas de Portugal, enquanto não se organizasse um novo Código.

²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5. ed., 1933, p. 60-61.

²⁷ OLIVEIRA, José Joaquim Machado de. Qual era a condição social do sexo feminino entre os indígenas do Brasil? *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typ. de João Ignacio da Silva, 1863, t. 4, n. 14, p. 195.

²⁸ *Idem*, p. 174.

A Constituição do Império (art. 179, XVIII) estabelecia: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Eqüidade”.

No entanto, ao invés de célere, o processo de codificação levou mais de noventa anos.

Com o advento da República, houve a definitiva separação entre a Igreja e o Estado, introduzindo-se, pelo Decreto nº 181, de 24.01.1890, o casamento civil, estabelecido como obrigatório, o que foi ratificado pela Constituição de 1891, em seu art. 72, §4º: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

Este Decreto previa, como fundamento jurídico para a separação pessoal e econômica dos cônjuges, as hipóteses de adultério, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos, mútuo consentimento para os casados havia mais de dois anos.

O art. 83 excluía a configuração do adultério em três casos: "§ 1º Si o réo for a mulher e tiver sido violentada pelo adultero. § 2º Si o autor houver concorrido para que o réo o commettesse. § 3º Quando tiver sobrevindo perdão da parte do autor".

O perdão seria presumido quando o cônjuge inocente, depois de ter conhecimento dele, houvesse coabitado com o culpado (art. 84).

Embora tivesse sido utilizado o termo *divórcio*, o art. 88 dispunha: "O divorcio não dissolve o vinculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cassar o regimen dos bens, como si o casamento fosse dissolvido". Ou seja, cuidava-se de dissolução da sociedade e não do vínculo conjugal, sendo vedadas novas núpcias, a teor do estipulado no art. 93: "O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos conjuges, e neste caso proceder-se-ha a respeito dos filhos e dos bens do casal na conformidade do direito civil".

O cônjuge considerado culpado, nas hipóteses de nulidade e anulação do matrimônio ou *divórcio*, perdia o direito "à posse dos filhos" (art. 90), ressalvada a possibilidade de a mulher mantê-los consigo até a idade de três anos (art. 96). Se a mulher fosse culpada perdia ainda o direito a alimentos e ao nome, sob pena de incorrer em sanção penal, conforme dispunha o art. 92: "Si a mulher condenada na acção do divorcio continuar a usar do nome do marido, poderá ser accusada, por este como incurso nas penas dos arts. 301 e 302 do código criminal"²⁹.

Segundo Lafayette, havia na lei penal distinção entre a quebra da fidelidade praticada pelo marido em relação à levada a efeito pela mulher: "No primeiro caso, só há adultério quando o marido mantém concubina teúda e manteúda; no segundo, desde que a mulher tenha relações ilícitas, mesmo ligeiras ou acidentais"³⁰.

O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071 de 1º de janeiro), no art. 231, dispunha serem deveres de ambos os cônjuges os seguintes: I. fidelidade recíproca; II. vida em comum, no domicílio conjugal; III. mútua assistência; IV. sustento, guarda e educação dos filhos.

O vocábulo *divórcio*, empregado no Decreto nº 181 de 1890, foi substituído por *desquite*, e o Código Civil, nas palavras de Clóvis, não permitiu, aos cônjuges, o desquite por mútuo consentimento, senão depois de dois anos de vida conjugal, deixando de regulamentar o divórcio, pois: "Se se fosse atender, somente, à liberdade individual, teriam razão aqueles que entendem

²⁹ Código Criminal (Lei de 16 de dezembro de 1830):

"CAPÍTULO VII
USO DE NOMES SUPPOSTOS, E TÍTULOS INDEVIDOS

Art. 301. Usar de nome supposto, ou mudado, ou de algum titulo, distinctivo, ou condecoração, que não tenha.

Pena - de prisão por dez a sessenta dias, e multa correspondente á metade do tempo.

Art. 302. Se em virtude do sobredito uso se tiver obtido o que de outro modo se não conseguiria.

Pena - a mesma, em que incorreria o réu, se obtivesse por violencia."

³⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004 [1869], p. 106.

que esse motivo de divórcio poderia ser invocado, desde o dia seguinte ao casamento. Pessoas irrefletidas casariam sem atender à gravidade e à santidade do ato, e, no outro dia, estariam em combinação para desatar, sorrindo, o laço que deram por simples desfastio”³¹.

O Código Civil de 1916, no art. 315, parágrafo único, assentava que o casamento válido só se dissolvia pela morte de um dos cônjuges, admitindo a dissolução da sociedade conjugal pelo desquite, amigável ou judicial.

Dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite, a respectiva sentença autorizava a separação dos cônjuges e punha termo ao regime matrimonial dos bens, como se o casamento fosse anulado (art. 322), mas só a pessoa viúva ou a que tivesse decretada a invalidade do seu casamento podia se casar novamente. Em contrapartida, ao desquitado era permitido restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, contanto que o fizessem, por ato regular, no juízo competente (art. 323).

O legislador listava, taxativamente, os fundamentos capazes de autorizar a decretação do desquite judicial, no artigo 317: adultério, tentativa de morte, sevícia e injúria grave e abandono do lar.

A exemplo do disposto no Decreto nº 181 de 1890, o adultério deixava de ser motivo para desquite em duas circunstâncias instituídas pelo art. 319 do Código Civil: "I. Se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse; II. Se o cônjuge inocente lhe houver perdoado. O parágrafo único do art. 319 presumia perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitasse com o culpado".

No desquite judicial, a mulher culpada perdia o direito a receber alimentos do marido (art. 320), assim como o direito de usar o nome do mesmo (art. 324). A guarda dos filhos era atribuída ao cônjuge inocente (art. 326, *caput*). Mas, se ambos fossem culpados, a mãe teria direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis

³¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945, v. 2, p. 216.

anos (art. 326, §1º). Como regra geral, os filhos maiores de seis anos eram entregues à guarda do pai (art. 326, §2º).

Com o advento do *Estatuto da Mulher Casada* (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962) os efeitos da inculpação na guarda dos filhos foi amenizado. No novo texto dado ao art. 326 do Código Civil, embora tivesse prevalecido a regra geral do *caput*, conferindo a guarda ao cônjuge inocente, os parágrafos primeiro e segundo receberam nova redação³² e, assim, ressaltou-se à mãe o direito de permanecer com os filhos, nos casos de culpa recíproca, "salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles", estipulando-se, ainda, a possibilidade de o juiz, se verificasse que os filhos não deveriam ficar com o pai nem com a mãe, atribuir a guarda a terceiro, pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantivesse relações sociais com o outro a quem, entretanto, seria assegurado o direito de visita.

A indissolubilidade do casamento, de clara influência religiosa, também estava presente nos textos constitucionais. A Constituição de 1934, art. 144, estabelecia que: "A família constituída pelo casamento indissolúvel está sob a proteção especial do Estado".

O dispositivo foi repetido pelo art. 124 da Constituição de 1937 e pela Constituição de 1946, art. 163.

O texto da Constituição de 1967 é o mesmo da Emenda Constitucional de 1969, cujo art. 175 preconizava: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. §1º O casamento é indissolúvel".

³² "Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita."

Somente com a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, aboliu-se da Constituição a indissolubilidade do casamento, abrindo as portas para uma regulamentação infraconstitucional do divórcio no país.

Líder da corrente divorcista, o Senador Nelson Carneiro lutou por mais de duas décadas até que tal ideia vicejasse. De 1951 a 1977 propôs seis projetos de *anulação de casamento*, todos rejeitados por se considerarem "divórcios disfarçados"³³.

O famoso livro *A luta pelo divórcio*, de Nelson Carneiro é iniciado pela significativa frase: "...E A GOTA D'ÁGUA VENCEU!", em referência ao discurso proferido por Martinho Garcez, no Senado, em 1900: "Não me iludo sobre a sorte que terá a ideia este ano. Mas nada mais frágil do que a gota d'água que, entretanto, não cessando de cair, afunda rochas e perfura montanhas". Em seguida, conclui Carneiro: "setenta e sete anos transcorreram. E a gota d'água ruiu as rochas dos preconceitos e destroçou as montanhas da incompreensão"³⁴.

A Emenda Constitucional nº 9 só foi aprovada, apesar da enorme resistência da bancada religiosa no Congresso, porque antes, estrategicamente, os divorcistas conseguiram a aprovação da Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, que alterou o *quorum* concernente à reforma da Constituição de dois terços para maioria absoluta. Com a diminuição do *quorum* necessário à mudança do texto constitucional foi possível obter o número mínimo de votos exigido para retirar da Constituição a previsão relativa à indissolubilidade do casamento - o que permitiu a subsequente aprovação da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977).

A inculpação no término do casamento também foi consagrada na Lei do Divórcio. A chamada *separação-sanção* tinha por causa de pedir a imputação

³³ FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 36.

³⁴ CARNEIRO, Nelson. *A luta pelo divórcio: a síntese de uma campanha em defesa da família*. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977, p. 11 e 20.

de grave violação dos deveres do casamento ou de conduta desonrosa que levasse à insuportabilidade da vida em comum. O antigo *desquite* passou a ser denominado *separação judicial*, levando ao fim o regime de bens e os deveres de fidelidade e de vida em comum no domicílio conjugal. A separação judicial podia ser consensual (art. 4º) ou litigiosa (art. 5º). Após três anos da separação judicial ou cinco anos da separação de fato cabia, respectivamente, o divórcio por conversão (indireto) ou o divórcio direto.

O art. 5º da Lei do Divórcio, pelo menos sob o prisma da técnica legislativa, representou um grande avanço, porque derogou o restrito elenco das causas previstas para o desquite judicial (art. 317, CC/1916), passando a admitir a separação por *grave violação dos deveres do casamento*, além de uma verdadeira cláusula geral consubstanciada na expressão *conduta desonrosa*³⁵.

Segundo Cahali, “configura-se a conduta desonrosa no ato ou comportamento imoral, ilícito ou anti-social de um dos cônjuges que, infringindo os deveres implícitos do matrimônio, provoca no outro cônjuge um estado ou situação de constrangimento, humilhação, desprestígio moral ou social, desconsideração no ambiente da família, do grupo ou da sociedade”³⁶.

Outra novidade introduzida pela Lei do Divórcio foi tornar facultativo à mulher, quando se casasse, a adoção do sobrenome do marido. No entanto, se era reconhecida sua culpa pelo fim do casamento, voltava compulsoriamente ao nome de solteira. A partir de 1992³⁷, na conversão da separação em divórcio, a exclusão do sobrenome do marido passou a ser obrigatória, porém não existia igual determinação quando se tratava de divórcio direto. A perda do

³⁵ Art. 5º. A separação judicial pode ser pedida por um só cônjuge quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

³⁶ CAHALI, Yussef, Said. *Divórcio e Separação*. 11ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 373.

³⁷ A Lei nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992, deu nova redação ao art. 25, parágrafo único, da Lei do Divórcio: "Art. 25. (...). Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido em decisão judicial."

nome, consoante Maria Berenice Dias, era decretada mesmo contra a vontade das partes, em clara afronta ao direito de identidade³⁸.

A perda do nome permaneceu, todavia, como punição para a mulher considerada culpada na ação de separação judicial. Se vencedora, cabia-lhe a escolha da manutenção ou não do sobrenome de casada³⁹.

Quanto aos alimentos, extraía-se do artigo 19 da Lei do Divórcio a seguinte conclusão: se o cônjuge considerado inocente necessitasse, teria direito à pensão do cônjuge vencido, entretanto, não teria que prestá-los ao cônjuge culpado, mesmo que indispensável à sua sobrevivência, pois, a *contrario sensu*, perdia o direito aos alimentos o cônjuge culpado (responsável pela separação)⁴⁰.

Em princípio, a guarda dos filhos menores ficava a cargo do cônjuge que não houvesse dado causa à separação, como disposto nos artigos 10, 11 e 12 da Lei do Divórcio⁴¹.

O art. 13 autorizava ao juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles

³⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 115.

³⁹ Art. 17. Vencida na ação de separação judicial (art. 5º, caput), voltará a mulher a usar o nome de solteira. §1º. Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamentos nos §§ 1º e 2º do art. 5º. § 2º. Nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada.

⁴⁰ Art. 19. O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar.

⁴¹ Art. 10. Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que ela não houver dado causa. § 1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. § 2º. Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Art. 11. Quando a separação judicial ocorrer com fundamentos no § 1º do art. 5º, os filhos ficarão em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.

Art. 12. Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

Art. 13. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.

com os pais, representando, ainda que embrionariamente, a presença do princípio do melhor interesse da criança (*the best interest of the child*), mais tarde consagrado na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990)⁴².

A Constituição da República de 1988 promoveu grandes e relevantes transformações no Direito de Família. Produziu-se a denominada *democratização* da família com a progressiva redução da *potestas* do *pater familias* até se retirar do marido a chefia da sociedade conjugal⁴³. A família, então, passou a ser vista e regulada como espaço e instrumento para a realização da dignidade da pessoa humana.

A igualdade jurídica entre marido e mulher foi o centro de grandes transformações modernizadoras da família, que era antes fundada no poder patriarcal, e nessa estrutura arcaica, ela ocupava plano secundário, em situação de inferioridade jurídica, submetida à preponderância da vontade do marido - o que também se refletia em um sistema particularmente duro para as mulheres na inculpação quando da dissolução da sociedade conjugal, como *retro* apontado.

A Constituição de 1988, no art. 226, §6º, reduziu os prazos para o divórcio direto (de cinco para dois anos de separação de fato) e indireto (de três para um ano da separação judicial), mas manteve o instituto da separação judicial.

No Código Civil de 2002, a separação foi muito prestigiada, ampliando-se consideravelmente as hipóteses nas quais ela se configuraria.

Os artigos 1571 a 1590 do Código Civil tratam de questões relacionadas com a dissolução da sociedade conjugal pela separação e pelo divórcio, alinhando as hipóteses nas quais podem ser requeridos, bem como seus efeitos em relação aos cônjuges e aos filhos.

⁴² Substituindo a *potestas* romana, o pátrio poder (hoje denominado poder familiar), gradualmente, transformou-se em poder de proteção, no interesse dos filhos, mais como complexo de deveres, que como o antigo direito absoluto e orientado pelo princípio do melhor interesse do menor.

⁴³ MALAURIE, Phillippe. *Cours de droit civil*. Paris: Cujas, 1989, p. 47.

O Código Civil, porém, no art. 1572, cuidou, de forma genérica, dos motivos que autorizam a separação judicial, enunciando-os no art. 1573, incisos I a VI. São eles: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa. Inseriu-se ainda, no parágrafo único, a disposição relativa a "outros motivos que impossibilitem a manutenção, pelos cônjuges, da vida em comum".

Todavia, desde que abolida a indissolubilidade do casamento e consagrado o divórcio na Constituição, verifica-se a presença de um direito subjetivo público, amparado pela noção de que todo cidadão casado pode fazer valer contra o Estado o seu direito à dissolução do seu vínculo conjugal. Em conseqüência, se uma separação-sanção (art. 5º, caput, Lei do Divórcio e art. 1572, *caput*, CC de 2002) tramitasse por lapso de tempo igual ou superior a dois anos e restando configurada a separação de fato por esse período, qualquer dos litigantes estava autorizado a distribuir divórcio direto, o qual, ausentes vícios processuais, haveria de ser julgado procedente⁴⁴.

O consectário lógico-jurídico da decretação do divórcio seria a extinção do processo da separação. Em outras palavras, perquirir culpa pela insuportabilidade da vida em comum era a causa de pedir da separação-sanção, porém, se o litígio durasse mais de dois anos, qualquer dos cônjuges podia, antes do desfecho da ação de separação, ajuizar o divórcio direto (art. 40 da Lei do Divórcio e art. 1.580, §2º, CC) e, como o divórcio é mais

⁴⁴ Ementa: Civil - Ação de divórcio direto - Lei n. 6.515/77, art. 5º, §1º. I - Para a viabilidade do divórcio direto é suficiente o prazo de dois anos de separação de fato. Esta é a única causa para um dos cônjuges pleitear o divórcio contra o outro; dispensada a prova da causa do pedido. II - Recurso conhecido e provido. *In*: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relator Min. Waldemar Zveiter, Recurso Especial nº 32694-SP, j. 08.11.1993. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 27.01.2012.

Ementa: Direito e processo civil. Divórcio direto. Possibilidade pelo separado judicialmente. partilha posterior. Admissibilidade. Orientação doutrinaria e jurisprudencial. Recurso não conhecido. I - Não impede a lei que o separado judicialmente opte por ajuizar o divórcio direto, ocorrendo os pressupostos deste, até porque não é razoável que o separado de fato lhe tenha direito maior. II - Segundo o sistema jurídico vigente, e dispensável a prévia partilha dos bens do casal em se tratando de divórcio direto. A indispensabilidade, por lei (Lei nº 6.515/77, arts. 31 e 43), restringe-se ao divórcio indireto (por conversão). *In*: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Recurso Especial nº 9924-MG, j. 04.06.1991. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 27.01.2012.

abrangente, pondo fim não só à sociedade, mas ao vínculo conjugal, o pedido de separação ficava prejudicado, extinguindo-se a ação.

Ou seja, havia um remédio, com amparo constitucional, para eliminar a discussão de culpa, desde que preenchidos os requisitos para a concessão do divórcio.

De outro lado, o adultério, por força da Lei n.º 11.109, de 28 de março de 2005, deixou de ser crime. Conquanto tenha permanecido como ilícito civil, configurado pela violação do dever de fidelidade (art. 1.466, I, CC), a sua descriminalização revela uma tendência ao esmorecimento da discussão acerca de questões pertinentes à intimidade das pessoas casadas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já vinha afastando a perquirição da causa culposa na separação judicial, sob o fundamento da desnecessidade da produção de provas ofensivas à privacidade e intimidade, considerando suficiente a configuração da insuportabilidade da vida em comum⁴⁵.

⁴⁵ RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO. PROVA INÚTIL E QUE FERE O DIREITO À PRIVACIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O direito líquido e certo a que alude o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória. 2. A culpa pela separação judicial influi na fixação dos alimentos em desfavor do culpado. Na hipótese de o cônjuge apontado como culpado ser o prestador de alimentos, desnecessária a realização de provas que firam seu direito à intimidade e privacidade, porquanto a pensão não será aferida em razão da medida de sua culpabilidade (pensão não é pena), mas pela possibilidade que tem de prestar associada à necessidade de receber do alimentando. 3. Recurso ordinário provido. (*In*: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relator Min. João Otávio de Noronha, Recurso em Mandado de Segurança nº 28.336-SP, j. 24.03.2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 27.01.2012.)

Ementa: Civil. Recurso especial. Ação de separação judicial. Pedido de separação fundado na culpa. Não demonstração. Insustentabilidade da vida em comum. Caracterização. Decretação da separação. Julgamento diverso do pedido. Inocorrência. - Ainda que se requeira a separação judicial com imputação de culpa e essa não reste provada nos autos, o juiz pode decretá-la caso verifique, nas provas coligidas aos autos, a insuportabilidade da vida em comum, situação em que a decretação da separação não implica julgamento diverso do pedido. Recurso especial não conhecido. (*In*: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, Recurso Especial nº 466.329-RS, j. 22.06.2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 27.01.2012.)

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, aboliu os requisitos do divórcio. O art. 226, §6º, da Constituição, antes, previa: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos". Com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 66, o dispositivo ficou assim: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

A simples retirada da parte final da norma constitucional gerou uma repercussão incrível, dando azo aos mais acirrados debates doutrinários.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), segundo seu Presidente, Rodrigo da Cunha Pereira, e sua Vice-Presidente, Maria Berenice Dias, com o apoio do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, vem sustentando que a Emenda Constitucional nº 66/2010 "extirpando o anacrônico instituto da separação judicial"⁴⁶, "afastou a possibilidade de serem questionadas as causas do fim da união, espancando de vez a culpa para cancelar a dissolução do casamento"⁴⁷.

Apesar de não adotar tal entendimento, Yussef Said Cahali sintetizou os argumentos dos que defendem que "a separação judicial acabou": "1º) a partir do anteprojeto e no curso de sua tramitação, a *mens legislatoris* da reforma foi orientada no sentido da extinção da separação judicial; 2º) a interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma constitucional induz o

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE. – A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. – Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem conseqüências jurídicas relevantes. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados. (*In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Seção, Relator Min. Barros Monteiro, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 466329-RS, j. 14.09.2005. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 27.01.2012*).

⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 11.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* São Paulo: RT, 2010, p. 14-15;

reconhecimento de que a dissolução da sociedade conjugal só seria possível pelo divórcio"⁴⁸.

O primeiro argumento dos que defendem o fim da separação encontra-se no que chamaram de "exposição de motivos" da referida Emenda Constitucional, mas, na realidade se trata de parecer da Comissão Especial, citado por Rodrigo da Cunha Pereira⁴⁹, em cuja parte final se afirma: "Para esta relatoria, salta aos olhos que os representantes da advocacia, do Poder Judiciário e do Ministério Público foram unânimes em afirmar que o *instituto da separação judicial deve ser suprimido do direito brasileiro*"⁵⁰.

O segundo argumento, de acordo com Paulo Lôbo, funda-se em interpretação histórica ("a inserção constitucional do divórcio evoluiu da consideração como requisito prévio ao divórcio até sua total desconsideração"), sistemática ("não se pode estender o que a norma restringiu" e a Constituição alude agora somente ao divórcio) e teleológica (ao se indagar os fins sociais da nova norma verifica-se que a sobrevivência da separação é inócua, "além de [em] aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de quantum despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal")⁵¹.

Antagonicamente, João Baptista Villela, em entrevista ao jornal Carta Forense, após afirmar que os "legisladores e grupos de pressão eventualmente interessados agiram com imperdoável amorismo"⁵², sustenta que a nova redação constitucional mantém intacta a legislação civil, que fazia e que continua a fazer a exigência agora dispensada no plano da Constituição.

⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 69.

⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 31.

⁵⁰ DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Ano LXII, quinta-feira, 29 de novembro de 2007, Brasília, Distrito Federal, p. 63.610.

⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>. Acesso em: 28.01.2012.

⁵² VILLELA, João Baptista. *Jornal Carta Forense*. Emenda Constitucional nº 66 - Outras Impressões, 5 de outubro de 2010. In: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6075>. Acesso em: 18.12.2011.

Regina Beatriz Tavares da Silva sustenta a manutenção das demais formas dissolutórias do casamento no ordenamento jurídico infraconstitucional, eliminados os requisitos temporais e estendida a inculpação ao divórcio:

Conclui-se que a legislação infraconstitucional há de ser interpretada de forma a eliminar a separação de direito e de fato, exclusivamente, como requisito prévio do divórcio, desonerando aquele que pode optar por divorciar-se diretamente. (...)

Desse modo, permanece a separação, judicial e extrajudicial, para quem a preferir, por respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como detalhado antes. (...)

O princípio da proporcionalidade leva à conclusão de que deve haver o divórcio nas três modalidades - ruptura, culposa e remédio -, para o jurisdicionado que quiser se desonerar da separação judicial, sem, contudo, deixar de exercer seu direito à aplicação das consequências da decretação da culpa ao cônjuge que gravemente violou os deveres conjugais recíprocos, ou que é mentalmente enfermo⁵³.

Cahali defende que a Emenda Constitucional 66/2010 eliminou os prazos e afastou a exigência da prévia separação judicial ou de fato para a concessão do divórcio, tornando dispensável a discussão da causa do término da relação conjugal: "Em condições tais, para que o cônjuge infrator dos deveres conjugais possa sujeitar-se às sanções legais (perda do direito ao sobrenome e de alimentos civis), ao cônjuge inocente só resta a via da separação litigiosa com causa culposa, sem prejuízo de um possível divórcio direto, sem causa e de efeitos diversos"⁵⁴.

Rejeitando a tese do fim da separação judicial, Cahali discorre sobre a "falácia da interpretação segundo a *mens legislatoris*" afirmando serem poucos os que ainda se atrevem a prestar algum respeito a tal método interpretativo e conclui: "*A disposição constitucional, em sua nova versão, continua não tendo nenhuma pertinência com a separação legal, à qual agora nem mesmo faz*

⁵³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 108-109.

⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12^a ed., São Paulo: RT, 2011, p. 320-321.

*referência, prevista aquela, como sempre esteve, a respectiva disciplina, de forma autônoma e exclusiva regulada na legislação ordinária*⁵⁵.

Entre as diversas opiniões doutrinárias sobre os impactos da Emenda Constitucional nº 66/2010 o principal ponto de convergência parece ser o desaparecimento dos requisitos para o divórcio, tornado verdadeiro direito potestativo, não mais havendo necessidade de prazos ou prévia separação judicial ou de fato.

A V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovou enunciados no sentido de que, embora a Emenda Constitucional nº 66/2010 não tenha extinguido o instituto da separação judicial e extrajudicial, aboliu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil⁵⁶.

Corroborando os referidos enunciados, no tocante à aplicabilidade imediata da norma constitucional e a favor da tese de supressão dos prazos e da exigência de prévia separação, judicial (mantida no ordenamento) ou de fato, vários tribunais estaduais já se posicionaram, podendo-se mencionar: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁷, Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁸,

⁵⁵ *Idem*, p. 72.

⁵⁶ ENUNCIADO 514: "A Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial". ENUNCIADO 517: "A Emenda Constitucional nº 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão". *In*: <http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados/>. Acesso em: 11.02.2012.

⁵⁷ Ementa: Ação de divórcio. Aplicação da Emenda Constitucional n. 66/2010. A Emenda Constitucional n. 66/2010 deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal estabelecendo que "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio", suprimindo os requisitos de prévia separação judicial por mais de um ano ou de separação de fato por mais de dois anos. Possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio independente de prazo de separação prévia do casal. Apelação provida. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Sétima Câmara Cível, Relator Des. Roberto Carvalho Fraga, Apelação Cível nº 70045041761, j. 18.01.2012. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 11.02.2012).

⁵⁸ Ementa: Divórcio Direto Superveniência da Emenda Constitucional no 66/2010. Inteligência da nova redação dada ao artigo 226, §6º da Constituição Federal. Inexistência de requisitos objetivos ou subjetivos para sua decretação - Divórcio que é sempre direto e imotivado. Nova norma constitucional que atinge os divórcios em curso. Cerceamento de defesa inexistente. Réu que se encontra representado por dois procuradores constituídos nos autos. Recurso desprovido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Quarta Câmara de Direito Privado, Relator Des. Fábio Quadros, Apelação nº 0000527-41.2009.8.26.0032, j. 19.01.2012. Disponível em: www.esaj.tjsp.jus.br. Acesso em: 11.02.2012).

Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁵⁹, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁶⁰ e Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁶¹.

Assim, apesar dos variados posicionamentos doutrinários a respeito, pode-se afirmar que o divórcio, com suas progressivas flexibilizações, deixa de ser um drama judiciário, apesar de permanecer, muitas vezes ainda, como drama familiar. Percebe-se uma sucessiva *dessacralização* ou *laicização* do casamento, ante a gradual redução da influência religiosa, revelada pela proeminência da simplificação das formas de extinção da sociedade e do vínculo conjugal, permitindo-se a diminuição do contencioso, especialmente pelo esmorecimento da inculpação⁶².

Ainda que se adote a tese de que a dissolução da sociedade conjugal não desapareceu, porquanto mantida a separação judicial, segundo

⁵⁹ Ementa: Ação de separação judicial litigiosa. Superveniência da Emenda Constitucional n. 66, de 13.07.2010. Intimação do autor para que providenciasse a adaptação do pedido de separação em divórcio. Autor que manifesta o desinteresse em modificar o pedido. Sentença de extinção do processo sem resolução de mérito por ausência de possibilidade jurídica e de interesse processual, nos termos do art. 267, inc. vi, do CPC. Conversão da separação judicial em divórcio. Mera faculdade. Subsistência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Precedente da Segunda Câmara de Direito Civil. Sentença cassada. Remessa dos autos à origem. Recurso provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Segunda Câmara de Direito Civil, Relator Des. Nelson Schaefer Martins, Apelação Cível n. 2011.032186-7, j. 02.02.2012. Disponível em: www.app.tjsc.jus.br. Acesso em: 11.02.2012)

⁶⁰ Ementa: Apelação Cível. Ação de divórcio litigioso. Aplicação do art. 226, §6º, da CRFB, após Emenda Constitucional nº 66/2010. Ausência de requisito para que seja decretado o divórcio. O novo texto suprimiu os requisitos constitucionais acerca da matéria, admitindo a possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio, sem a prévia separação judicial ou de fato e sem o implemento de qualquer prazo. Ressalte-se que o fim da relação conjugal não altera os direitos e deveres dos pais em relação a seus filhos, quanto à guarda e alimentos, o que, na hipótese dos autos, foi deduzido em ação própria, que se encontra em andamento na 4ª Vara de Família de Jacarepaguá, conforme consulta no sistema intranet. Decisão monocrática com fulcro no art. 557, caput, do CPC, que nega seguimento ao recurso. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Primeira Câmara Cível, Relator Des. Vera Maria Soares Van Hombreeck, Apelação Cível n. 0028711-37.2010.8.19.0203, j. 11.01.2012. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 11.02.2012).

⁶¹ Ementa: Apelação Cível - Divórcio direto - EC n. 66/10 - Supressão da exigência do lapso temporal - Decretação mantida - Recurso improvido.- Com a entrada em vigor da EC n. 66/2010 foi instituída a ação direta de divórcio que dispensa o requisito temporal para a dissolução do casamento. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Segunda Câmara Cível, Relatora Des. Hilda Teixeira da Costa, Apelação Cível n° 1.0028.11.000118-8/001, j. 06.12.2011. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 11.02.2012).

⁶² LABBÉE, Xavier. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* Paris: Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 108.

entendimento encontrado em várias decisões proferidas por tribunais estaduais, certamente sofreu uma significativa perda de relevância, por conta da facilitação do acesso ao divórcio.

Essa *objetivação* das relações familiares, com a diminuição dos obstáculos legais ao divórcio, representa, como será demonstrado a seguir, uma tendência no Direito Comparado, com menos ênfase no modelo francês (especialmente anterior à reforma de 2004) e uma aproximação dos modelos alemão e do sistema de *Common Law*.

2 Modelo Francês

Os principais redatores do Código Civil francês (Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu e Maleville), apesar de católicos, estavam convencidos a aceitar, como herança da Revolução, a secularização do direito e a manutenção do divórcio. As linhas gerais da família regulada pelo *Code* envolvem alguns princípios gerais: laicidade, autoridade, unidade da família e proteção da sexualidade masculina. Como parte da influência revolucionária o Código deixa clara a separação entre Estado e Igreja, com a previsão de que o casamento civil deveria preceder ao religioso, sob pena de configurar contravenção podendo levar à prisão o ministro do culto que desobedecesse a tal regra. O marido e pai governava a família (*empereur au petit pied*) exercendo autoridade sobre a mulher e filhos, que lhe deviam obediência. A unidade familiar se dava em torno da família nuclear (pai, mãe e filhos) formada pelo casamento, sendo que Bigot de Préameneu chegava a afirmar ser odiosa a investigação de paternidade e Napoleão alertava que se os concubinos se esquecem ou passam à margem da lei, a lei se desinteressa deles (*les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*). Portalis dizia que a infidelidade feminina supunha conter mais de corrupção e de efeitos perigosos do que o adultério do marido. A investigação de paternidade dos filhos naturais era proibida (art. 340) só se admitindo o reconhecimento voluntário⁶³.

O Código napoleônico de 1804 limitou o divórcio a apenas quatro hipóteses: a) adultério; b) condenação de um dos cônjuges a penas dolorosas ou aviltantes; c) sevícias, excessos ou injúrias graves; d) impossibilidade da comunhão de vida comprovada por testemunhas. Abolido em 1816, depois do retorno dos Bourbon, o divórcio foi restabelecido, definitivamente, em 1884⁶⁴.

Pothier, em análise da forte influência religiosa, afirma que o casamento foi estabelecido para ser a união entre um só homem com uma só mulher, que

⁶³ SZRAMKIEWICZ, Romuald. *Histoire du droit français de la famille*. Paris: Dalloz, 1995, p. 92-100.

⁶⁴ *Idem*, p. 103-104.

deve ser tão íntima, que eles venham a ser uma mesma carne (*erunt duo in carne una*):

Ora, se o homem, pelo casamento que contrata com a mulher, se doa por inteiro à sua mulher; se a mulher adquire, pelo casamento, um direito sobre o corpo do seu marido, o homem, enquanto esta união subsistir, não é mais mestre do seu corpo, ele não pode mais dele dispor para outra mulher; e, por consequência, ele não pode contratar casamento com outra mulher. A poligamia é portanto contrária à instituição primitiva do casamento, e por consequência à ordem de Deus e ao direito natural⁶⁵.

No tocante à moral das relações sexuais, segundo Ripert, enquanto se trata de contratos que visem a integridade corporal ou a liberdade individual, pode-se servir a rigor da noção vaga e cômoda de ordem pública, ou invocar os direitos do homem para não falar dos bons costumes: "O que não pode ser tolerado é a vontade culpável que tenta travar ou aconselhar relações, que a moral reprova, pelo apelo ao interesse"⁶⁶.

Com a Lei Naquet, de 1884, o *Code* estabelecia várias sanções aplicáveis ao cônjuge considerado culpado pelo divórcio: a proibição de o culpado por adultério se casar com seu cúmplice (art. 298), a perda de todas as vantagens que o culpado tivesse obtido com o casamento (art. 299), a perda do poder legal sobre os bens dos filhos comuns (art. 386)⁶⁷.

O referido art. 298 foi revogado por uma Lei de 1904 e, em 1975, a Lei nº 75-617 de 11 de julho modificou o Código Napoleão, revogou o art. 386 e introduziu causas objetivas de dissolução do vínculo conjugal: o divórcio por mútuo consentimento (art. 230 e segs.) e o divórcio por ruptura da vida em comum (art. 237 e segs.)⁶⁸.

Mas o divórcio com causa culposa (*faute*) foi mantido, por inobservância dos deveres do casamento. Os arts. 212 e 215 do *Code Civil* prevêm como

⁶⁵ POTHIER, Robert Joseph. *Traité du contrat de mariage*. Paris: Debure Pere, 1771, t. 1, p. 104.

⁶⁶ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 62-63.

⁶⁷ DESNOYER, Christine. *L'évolution de la sanction en droit de la famille*. Paris: L'Harmattan, 2001, p. 253-257.

⁶⁸ *Idem, ibidem*.

deveres recíprocos dos cônjuges *fidelidade, socorro, assistência*, obrigando-se, ainda, os casados, a uma *comunhão de vida*.

De acordo com Carbonnier, tais efeitos pessoais do casamento constituem restrições que cada cônjuge voluntariamente sofre em sua liberdade pessoal por um sistema de ordem pública, de modo que, além dos deveres conjugais prescritos, há outros que decorrem da *moral conjugal*, todos hábeis a ensejar a inculpação (*faute*) como causa de pedir do divórcio: “Como a agressividade, inclusive o ódio violento entre os cônjuges são realidades possíveis, é terapêutico dar-lhes o desafogo de um processo agonístico”⁶⁹.

Mizrahi critica a posição acima e apresenta a seguinte réplica:

Qualquer psicanalista diria a Carbonnier que os instintos de agressividade têm a possibilidade de ser sublimados ou talvez reprimidos, e existem *desaguadores* dessa agressividade mais construtivos para o cônjuge *inocente*, para o cônjuge *culpado* e para a sociedade, que um *processo agonístico*⁷⁰.

A Lei nº 439 de 26 de maio de 2004 promoveu grande reforma na legislação sobre o divórcio, sob três principais objetivos: adaptar as regras jurídicas aplicáveis ao divórcio às transformações recentes da família; buscar a simplificação das formas, tornando mais fácil o acesso ao divórcio; visar a pacificação e facilitar a autocomposição, privilegiando a conciliação e a mediação⁷¹.

Permanecem no sistema francês quatro espécies de divórcio: por consentimento mútuo, por aceitação do princípio da ruptura do casamento, por alteração definitiva do vínculo conjugal e por culpa (*faute*). O divórcio por consentimento mútuo foi mantido (arts. 230 e 232 do Código Civil), assim como a necessidade de seu controle judicial (art. 228), ainda que o procedimento seja de jurisdição voluntária e foi suprimido o prazo de reflexão de seis meses de casamento (o art. 231 foi revogado). O divórcio por aceitação do princípio da ruptura do casamento (arts. 233 e 234) se dá quando a demanda é

⁶⁹ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*. Paris: PUF, 2004, p. 1290.

⁷⁰ MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 202.

⁷¹ GRANET, Frédérique, HILT, Patrice. *Droit de la famille*. Grenoble: PUG, 2006, p. 60.

proveniente de um dos cônjuges ou de ambos, que manifestam, em caráter irretratável, sua aceitação da ruptura do casamento, sem levar em consideração os fatos que a originaram. O divórcio por alteração definitiva do vínculo conjugal (arts. 237 e 238) resulta do término da comunhão de vida, quando os cônjuges vivem separados de fato por mais de dois anos. E o divórcio *pour faute* é o que pode ser ajuizado por um dos cônjuges, quando imputar ao outro quaisquer fatos que caracterizem grave violação dos deveres do casamento e tenham levado à insuportabilidade da vida em comum (arts. 242 a 246)⁷².

A principal consequência da atribuição de culpa é que o culpado deverá reparar o dano causado. A lei de 2004 mantém a possibilidade de o cônjuge *innocente* obter reparação das circunstâncias de particular gravidade que tenham levado à dissolução do casamento (arts. 242 e 266), sem se excluir a hipótese de indenização fundada no direito comum (art. 1382), caso se trate de ofensa aos direitos da personalidade, por exemplo, que caracterizam danos morais⁷³.

Antes da reforma legislativa, o divórcio-sanção representava cerca de 40% dos casos de dissolução do vínculo conjugal, mas a mudança realizada em 2004 promoveu a objetivação do divórcio, reduzindo a discussão dos motivos que levam ao fim do casamento, em maior respeito à vida privada nas relações interpessoais⁷⁴.

Em síntese, na França, após a reforma legislativa de 2004, verifica-se um enfraquecimento das sanções nas hipóteses de descumprimento das obrigações conjugais. O divórcio *pour faute* foi mantido, mas o legislador se

⁷² MURAT-SEMPIETRO, Marie-Pierre, TRAMBOUZE, Violaine. *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*. Paris: Litec, 2006, p. 5-23.

⁷³ AUBRY & RAU. *Droit Civil Français*. Paris: Librairies Techniques, 1962, t. 7, p. 152-153; BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: Droit de la famille*. Paris: Montchrestien, 2010, p. 110-111; CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*. Paris: PUF, 2004, p. 1220; CORNU, Gérard. *Droit Civil: La Famille*. 4. ed., Paris: Montchrestien, 1994, p. 53; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent. *La Famille*. 3. ed., Paris: Lextenso éditions, 2008, p. 588-589.

⁷⁴ Idem, p. 5; DESNOYER, Christine. *L'évolution de la sanction en droit de la famille*. Paris: L'Harmattan, 2001, p. 143-144.

distanciou da inculpação, na medida em que, com o tempo, simplificou e multiplicou as formas objetivas de divórcio. De acordo com Frédérique Niboyet, o direito se desinteressa progressivamente das culpas (*fautes*) conjugais e, assim, "as sanções dessa ordem pública comportamental se vêem reduzidas a um pouco de dor"⁷⁵.

⁷⁵ NIBOYET, Frédérique. *L'ordre public matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 301.

3 Modelo Alemão

O BGB não regula os deveres conjugais, como no sistema romanístico, de forma detalhada, enumerativa. Ao contrário, no § 1.353 estabelece que: "Os cônjuges estão mutuamente obrigados à comunhão conjugal de vida". Em seguida prevê que os cônjuges também se obrigam, mutuamente, a sustentar a família de modo adequado, por meio do trabalho e com os rendimentos dos seus bens.

Diferentemente dos sistemas brasileiro (art. 1.566) e francês (arts. 212 e segs.) que enumeram deveres conjugais, o modelo germânico adota uma cláusula geral.

Como explica Judith Martins-Costa,

as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo⁷⁶.

A incompletude das normas configuradas pela técnica das cláusulas gerais, segundo a mesma autora, significa que as mesmas não têm *fattispecie* autônoma, pois exigem a progressiva e constante atuação do juiz em sua formação, mediante o reenvio a outras normas do sistema ou a padrões, valorativos ou comportamentais, que podem ser extrassistêmicos⁷⁷.

Enneccerus, Kipp e Wolf apelidaram o modelo francês de "designação de velha sabedoria", criticando-o, por entenderem não caber ao legislador concretizar o dever de comunhão de vida, pois normas que o tentassem nunca

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 274.

⁷⁷ *Idem, ibidem*.

conseguiriam fixar o regime para todos os casamentos e envelheceriam rapidamente⁷⁸.

Outra justificativa para a preferência do modelo alemão, da cláusula geral, em lugar do sistema de enunciado dos deveres do casamento é salientado por Schlüter: "o casamento como uma união conjugal fundada na individualidade dos cônjuges, que compreende toda a sua personalidade, subtrai-se de uma normatização perfeccionista de direitos e deveres recíprocos"⁷⁹.

Schlüter chega a sustentar que tal regulamentação interna da relação dos cônjuges entre si não seria compatível com a autonomia do casamento amparada no art. 6 I da Lei Fundamental, pois a norma constitucional consagraria não apenas um direito fundamental visando a proteção da esfera privada do casamento, mas também representa uma autorização ao juiz, à semelhança da cláusula geral da boa fé, de pronunciar uma decisão valorativa necessária para o caso concreto, o que é indispensável para manter o direito adaptável diante de novos desenvolvimentos⁸⁰.

Antunes Varela aponta o modelo alemão como uma tendência: "A tendência de algumas legislações mais avançadas, como a alemã, é orientada no sentido de reduzir os deveres pessoais impostos coercitivamente aos cônjuges"⁸¹.

Quanto às consequências do descumprimento dos deveres conjugais pessoais, o Supremo Tribunal Federal alemão, após aludir à natureza predominantemente moral dos mesmos, considerou vedado o uso de coerção

⁷⁸ *En algunas leyes se encuentran giros académicos de vieja sabiduría, como "les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance" (C.C. francés art. 212) u "obligaciones del deber conjugal, fidelidad y decoroso comportamiento" (C.C. austríaco § 90). El que tenga en cuenta la esfera social a que pertenecen los cónyuges, su situación económica, sus deberes profesionales y sus personalidades, rara vez juzgará desafortunadamente el contenido de sus deberes de comunidad. In: ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin. *Derecho de Familia: El matrimonio*. (trad. da 20.ed., Blas Pérez González, José Castán Tobeñas). Barcelona: Bosch, 1941, t. 4, v. 1, p. 190.*

⁷⁹ SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 104.

⁸⁰ *Idem*, p. 104-105.

⁸¹ ANTUNES VARELA, J. M. *Direito de Família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, v. 1, p. 341.

para obter seu cumprimento. O cônjuge ofendido em sua honra e dignidade, exposto à publicidade, tem seus direitos de personalidade violados, cabendo reparação, independentemente de serem marido e mulher, sendo, pois, competente a justiça comum e não o juízo de família⁸².

⁸² PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 592; SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 115.

4 O modelo Norte-americano

No sistema de *Common Law*, que se desenvolveu a partir da resolução de casos judiciais, não há o estabelecimento de regras substantivas gerais referentes a deveres entre os cônjuges, prevalecendo o princípio da não interferência na vida privada, "fruto de uma prática judicial que recusava tomar posição acerca de questões delicadas inerentes à relação conjugal"⁸³.

Segundo Mary Ann Glendon, em mordaz crítica ao sistema romanístico, a fixação de regras específicas de conduta, com sanções diretas para sua violação, traduziriam representações meramente simbólicas de um ideal de vida familiar e só teriam sentido para uma discussão de culpa, durante a dissolução judicial do casamento, sendo uma *forma estranha de Direito (a strange kind of law)* e uma verdadeira ingenuidade pretender, por previsão legal, levar duas pessoas a viver conjuntamente em paz e harmonia⁸⁴.

Wardle e Nolan explicam que o *no-fault divorce* foi introduzido nos Estados Unidos na década de 1970, porque as gerações posteriores à Segunda Guerra Mundial vinham lutando pela simplificação do divórcio, e, por consequência, surgiu, em 1969, na Califórnia, um novo *Family Law Act*, que permitia o término do casamento por irreconciliáveis diferenças que tivessem causado o irremediável colapso do casamento (*irreconciliable differences witch have caused the irremediable breakdown of the marriage*). Até o fim dos anos 1980 todos os estados adotaram o *no-fault divorce*⁸⁵.

No entanto, para os mencionados autores, uma consequência essencial do divórcio sem culpa é a transformação legal do casamento de um compromisso vinculativo a uma relação facilmente revogável⁸⁶.

⁸³ GLENDON, Mary Ann. *The transformation of Family Law (State, Law and Family in the United States and Western Europe)*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989, p. 85-86.

⁸⁴ *Idem*, p. 87.

⁸⁵ WARDLE, Lynn Dennis, NOLAN, Laurence. *Family Law in the USA*. Great Britain: Kluwer Law International, 2011, p. 187-189.

⁸⁶ *Idem, ibidem*.

A ausência de regras específicas de Direito de Família somada à introdução do *no-fault divorce* fazem com que as ofensas intencionais à integridade física ou maus tratos sejam resolvidos no campo da responsabilidade civil.

Uma das principais hipóteses de *tort actions* entre cônjuges é o *intentional infliction of emotional distress*, que, conquanto possa se derivar de condutas praticadas por um dos cônjuges durante o casamento, resolve-se fora da ação de divórcio⁸⁷.

Sob tal concepção, afirma Eva Dias Costa que vem prevalecendo o princípio de *clean break* e "o factor culpa teria apenas relevância para efeitos de um eventual dever de indemnizar os danos causados por uma actuação ilícita e culposa, nos termos gerais da responsabilidade civil e em acção autónoma"⁸⁸.

⁸⁷ PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 540-541.

⁸⁸ COSTA, Eva Dias. *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 134-135.

5 Modelo Brasileiro

Tendo em vista que o Código Civil pátrio, de 2002, teria o objetivo de reunificar o sistema, remodelando-o para torná-lo aberto, valendo-se da técnica legislativa das cláusulas gerais e sob forte influência de princípios e valores constitucionais, poderia ter evitado, no tocante aos deveres conjugais, o modelo enumerativo, de inspiração francesa.

Sob a diretriz do culturalismo de Miguel Reale, o responsável pelo *Livro IV – Do Direito de Família*, Clóvis do Couto e Silva, teria atentado para a concepção do “Direito como experiência” e do Direito de Família como totalidade e complexo de valorações e comportamentos aos quais são atribuídos significados suscetíveis de valoração jurídica, segundo certos valores morais e finalidades práticas⁸⁹.

O mesmo Clóvis do Couto e Silva asseverou que o Direito de Família compõe-se de elementos que não recebem e nem poderiam receber do ordenamento jurídico a mesma disciplina dos seus efeitos. A sua regulamentação, no âmbito dos direitos pessoais, “é fortemente impregnada de princípios éticos, de tal modo que os próprios direitos lesados não se submetem aos mesmos cânones dos outros ramos do direito, como, por exemplo, o das obrigações”⁹⁰.

No entanto, reitera-se, o atual Código Civil brasileiro reproduziu o modelo de 1916, com o detalhamento de deveres conjugais, acrescentando ao rol do art. 1566 (fidelidade, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, guarda, sustento e educação da prole) os deveres de respeito e consideração e, além disso, listou, no art. 1.573, as hipóteses de violação de deveres do casamento que levam à insuportabilidade da vida em comum, constituindo a causa de pedir da separação judicial litigiosa com discussão de culpa (adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono

⁸⁹ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 31.

⁹⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de motivos para a reforma do direito de família. In *Anteprojeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1975, v. 155, p. 153.

voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa).

Contudo, em sentido diverso da inculpação, aproximando-se do modelo germânico, o Código Civil de 2002, ao inaugurar o tratamento do Direito de Família, nas *Disposições Gerais*, inseriu a cláusula geral contida no art. 1.511, que dispõe: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

A comunhão de vida decorre do casamento, como se depreende do texto legal, mas é também uma finalidade principal desse instituto, como já alertava Lafayette Rodrigues Pereira, no seu clássico *Direitos de Família*, escrito antes do Decreto nº 181, de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil: "o fim capital, a razão de ser dessa instituição, está nessa admirável identificação de duas existências, que, confundindo-se uma na outra, correm os mesmos destinos, sofrem das mesmas dores e compartilham, com igualdade, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida"⁹¹.

Essa parece uma tendência internacional, uma vez que, na interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Conv.EDH), na base da célula familiar, a jurisprudência europeia reconhece o casal, constituído por um homem e uma mulher, unidos pelo casamento, ou que mantenham uma relação estável.⁹² Daí advém a noção de solidariedade entre os cônjuges, que fundamenta os deveres conjugais⁹³.

Assim, no Brasil, com o advento da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, como na França, após a reforma de 2004, consagrou-se a objetivação do término do casamento, com a maior facilidade de acesso ao divórcio, pois as

⁹¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004 [1869], p. 29-30.

⁹² Os autores da Conv.EDH, ao tratarem da família, tomaram como referência o casamento. Nos termos do art. 12, o casamento é visto como uma liberdade fundamental. O paradigma adotado é o casal formado por um homem e uma mulher, com idade para a procriação:

Art. 12º - Do direito ao casamento

A partir da idade núbil, o homem e a mulher tem o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

⁹³ MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: RT, 2007, p. 307; CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 247-249.

exigências relativas a prazo e prévia separação (judicial ou de fato) foram abolidas, o que poderá levar ao desuso da separação judicial litigiosa.

A inobservância dos deveres do casamento poderá culminar no divórcio, caso não se dê o perdão, que é prerrogativa exclusiva e decisão de foro íntimo dos cônjuges. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues

De fato, a manutenção da discussão culposa da separação (separação-sanção) não é coerente com a ampla e prioritária tutela que o ordenamento jurídico brasileiro confere aos direitos de personalidade. A busca pelo cônjuge culpado ofende frontalmente a privacidade dos cônjuges, que têm aspectos de sua intimidade revelados, desnecessariamente, em um processo judicial⁹⁴.

Mas, se o cônjuge "inocente" quiser ajuizar a separação-sanção, há uma grande probabilidade e o suposto "culpado" simplesmente distribuir por dependência ação de divórcio, que culminará com a extinção da ação de separação, sem análise de mérito acerca da culpa.

Entretanto, como nos outros países mencionados, desde que sejam preenchidos os requisitos para a indenização por danos morais, isto é, se houver violação a direitos de personalidade, nada impede que seja ajuizada a ação própria perante a vara cível, pois, como aduz Aparecida Amarante, "a tendência atual é a de focar os casos de separação e divórcio assentados no princípio da deterioração do vínculo e não da culpa", por isso, "a questão da honra ofendida deslocar-se-ia da satisfação buscada pelo pedido com o desfazimento do laço, para uma possível indenização por dano não patrimonial"⁹⁵.

⁹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 104.

⁹⁵ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 198.

TÍTULO II – A SUCESSÃO DO CÔNJUGE E A INCULPAÇÃO

A sucessão corresponde à necessidade humana de continuação, de transmissão. A morte traduz o trágico da destruição e do desaparecimento e conduz ao anseio de perenidade. O fundamento da sucessão reside na relação íntima entre família e propriedade, como corolário lógico da necessidade de se transmitir para as gerações futuras a cultura, o conhecimento, o patrimônio: *le mort saisit le vif*.

A ficção de continuação da pessoa do morto corresponde ao seu “renascimento” por meio de sua descendência, promovendo sua perpetuação. Por isso, a ideia de sucessão está diretamente ligada a três elementos: o individual, o familiar e o social. No primeiro, predomina a constituição da propriedade e sua administração pessoal. No segundo, destaca-se a cooperação com os membros da família para o sustento dos seus membros e incremento do acervo. O terceiro se refere a todos os organismos da convivência humana (pessoas - naturais e jurídicas - famílias, Estado), como um fator da propriedade em si e de suas garantias⁹⁶.

Assim, esse conjunto de condições das quais depende a organização e transmissão *mortis causa* da propriedade está atrelado à conservação e livre desenvolvimento da personalidade, devendo ser interpretado o Direito das Sucessões em consonância com uma análise sistemática do Direito de Família e dos Direitos de Personalidade - razão pela qual a inculpação, prevista nos

⁹⁶ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Ribeiro dos Santos, 1936, v. 1, p. 45.

arts. 1.801, III e 1.830 do Código Civil de 2002 não pode ser interpretada isoladamente, o que justifica a relevância e o principal problema do trabalho ora proposto.

1 Sucessão e legitimação sucessória: linhas gerais

O Direito das Sucessões é o ramo do Direito que cuida da transmissão de bens, direitos e obrigações em decorrência da morte. Tem fundamento na Constituição da República, art. 5º, XXX. De acordo com Perlingieri, "a ligação com as sucessões se põe em relação à função da propriedade dita pessoal, isto é, a realização de uma vida livre e digna"⁹⁷.

O termo *sucessão*, de forma genérica, significa o ato jurídico pelo qual uma pessoa substitui outra em seus direitos e obrigações, podendo ser consequência tanto de uma relação entre pessoas vivas quanto da morte de alguém.⁹⁸ *Sucessão* é a transmissão de direitos.⁹⁹ O direito, portanto, admite duas formas de sucessão: *inter vivos* e *causa mortis*.

No sentido restrito implica a ideia de morte e traduz um dos modos de aquisição da propriedade, que abrange dois aspectos: o subjetivo, que "é o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém"; e o objetivo, que "é a universalidade dos bens que ficaram de um defunto com todos os seus encargos"¹⁰⁰.

⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. (trad. Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 924.

⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: Direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 2.027*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 21, p. 4-5.

⁹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 2.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Ribeiro dos Santos, 1936, v. 1, p. 48.

Embora a sucessão possa dar tal continuidade a esta parte imaterial da pessoa, que tem por finalizada sua passagem em vida, a parte material deixada pelo falecido continua a existir, necessitando de nova titularidade.

No direito romano, a sucessão se verificava pela tomada do lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico, mas os bens, em princípio, não se transmitiam ao herdeiro, uma vez que não pertenciam necessariamente ao morto. A propriedade era familiar e a família era chefiada pelo varão mais velho que descendia diretamente dos deuses domésticos e apenas pela linha masculina. Esta pessoa era, portanto, a de maior autoridade na visão dos antigos. A ele cabia a administração do acervo familiar e a condução da vida religiosa e doméstica. Prevalencia a comunidade sobre o indivíduo e não havia testamento: *só Deus pode instituir o herdeiro, não o homem (solus deus heredem facere potest, non homo)*¹⁰¹.

Quando, todavia, a propriedade passou a ser individual, o fundamento da sucessão deslocou-se da vida religiosa desenvolvida ao redor do altar privado para o sentido de uma verdadeira continuidade patrimonial. Buscou-se a permanência do patrimônio dentro de um mesmo grupo, como forma de *manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre os vários filhos*¹⁰². É nesse período que se desenvolve o princípio da primogenitura, iniciando-se *a discussão filosófica e jurídica a respeito de seu fundamento*¹⁰³.

No direito romano, já alcançada uma concepção econômica para a sucessão, a busca era pela proteção da família, com uma sucessão do *pater familias* direcionada aos herdeiros, principalmente os primogênitos, pois

A transmissão se operava tão somente na linha masculina, e a este varão cabia recolher a herança, isto é, o patrimônio da família, assim também o continuador do culto. A herança, o culto e as famílias são inseparáveis, pois quem recebeu a fortuna é o continuador do culto. Prevalciam, pois, sobretudo,

¹⁰¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 25-28.

¹⁰² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 5.

¹⁰³ CAHALI, Francisco José, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: RT, v. 6, p. 21.

os privilégios hereditários – herdavam os filhos varões, e o primogênito de preferência aos demais¹⁰⁴.

Nota-se que a mulher sempre teve acesso restrito no âmbito da sucessão, sendo até mesmo discriminada, havendo grande evolução atualmente neste contexto, com a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente com os descendentes e ascendentes, assim como da companheira, nos casos previstos em lei.

Na corrente cristã, São Tomás de Aquino sustentou ser de direito natural que os pais acumulem riquezas para os filhos e que estes sejam seus herdeiros¹⁰⁵.

Os autores franceses da época da codificação (Tronchet, Laurent, Troplong) aderiram a tal linha de pensamento, estendendo-a à faculdade de testar¹⁰⁶.

Além dessa corrente, deve-se mencionar outra, liderada por D'Aguano, que procurou fundamentar o direito sucessório em pesquisas biológicas, as quais buscaram demonstrar que ocorria uma espécie de continuidade da vida humana por meio da transmissão de ascendentes a descendentes, transmissão esta não só das características genéticas, mas também das características psicológicas, concluindo que a lei, ao permitir a transmissão patrimonial, o faz em homenagem a tal continuidade biopsíquica¹⁰⁷.

Mais tarde, acrescentaram-se novos fundamentos, como a afeição e unidade familiar, atualizando e humanizando o tema:

Além do laço da hereditariedade, outro vínculo une as gerações - a simpatia, o afeto, espontâneo, constante, resolvendo-se em atração recíproca entre indivíduos: tudo consequência da comunidade de sangue, tendências e inclinações, bem como da vida em comum.¹⁰⁸

¹⁰⁴ CAHALI, Francisco José, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: RT, v. 6, p. 3.

¹⁰⁵ LASALA, Pérez. *Derecho de Sucesiones*. Buenos Aires: Depalma, 1978, v 1, p. 41.

¹⁰⁶ LASALA, Pérez. *Op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Ribeiro dos Santos, 1936, v. 1, p. 44.

¹⁰⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 22-23.

A sucessão *causa mortis* se dá quando houver a morte e a existência de patrimônio do *de cuius*. Considera-se aberta a sucessão no instante da morte ou no instante presumido da morte de alguém. Nasce o direito hereditário e ocorre a substituição do falecido pelos seus sucessores nas relações jurídicas em que o falecido figurava. A vocação hereditária obedece à lei vigente da nota do óbito.

Consoante o disposto no art. 1.784 do Código Civil vigente, aperfeiçoando a antiga redação que falava em “domínio e posse da herança”: “Aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

O vocábulo *herança* possui maior amplitude que o termo *domínio*, antes adotado, abrangendo não apenas os bens corpóreos do *de cuius*, mas a integralidade de seu patrimônio, uma universalidade de direito, que abrange todas as relações jurídicas de valor econômico relacionadas ao falecido¹⁰⁹, como esclarece Carlos Roberto Gonçalves

A herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis. Compreende, portanto, o ativo e o passivo¹¹⁰.

De se observar que há dois pressupostos para abertura da sucessão, sendo eles o falecimento do *de cuius* e a sobrevivência de herdeiro.

Vale menção, outrossim, à concepção normativa de ausência, que ocorre quando determinado indivíduo desaparece de seu domicílio sem deixar representante ou procurador, ocasionando uma situação em não se tenha qualquer notícia dele ou de seu paradeiro (art. 22 do Código Civil).

Neste caso, o Código Civil, no art. 26, autoriza a abertura da sucessão provisória do ausente, pelos herdeiros ou outros interessados, acaso decorrido um ano da arrecadação dos bens. Em contrapartida, o referido prazo fica

¹⁰⁹ VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21, p. 1596.

¹¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 32.

dispensado se o ausente houver deixado representante ou procurador para administrar-lhe os bens.

Assim, a sucessão só se torna definitiva se passados 10 (dez) anos do trânsito em julgado da decisão que concedeu a abertura da sucessão provisória, conforme art. 37 do Código Civil, ou provando-se que o ausente conta com pelo menos 80 (oitenta) anos de idade, datando de 5 (cinco) anos as últimas notícias deste, com fundamento no art. 38 do mesmo Código.

Desta forma, com a abertura da sucessão, a herança é “devolvida” aos herdeiros do autor, a quem é deferido o acervo hereditário, por delação. No entanto, a abertura da sucessão, que gera o direito de herdar dos legitimados, pode não coincidir com o momento em que é concedida a delação ou deferimento da herança.

Já quanto ao local da abertura das sucessões, definido pelo art. 1.785 do CCB como o do “último domicílio do falecido”, assevera Maria Helena Diniz que:

Na falta de domicílio certo, será competente o foro da situação dos bens ou do lugar do óbito, se situados os bens em lugares diversos (CPC, art. 96, parágrafo único, I e II), desde que o falecimento tenha ocorrido no Brasil. Se o passamento se deu no estrangeiro, o foro competente é o do último domicílio do *de cujus* o Brasil (CPC, art. 96, *caput*; CC, art. 1.785)¹¹¹.

Curiosas, no entanto, são as peculiaridades pertinentes à hipótese de comoriência, quando mais de um indivíduo vêm a falecer em condições que impossibilitam auferir qual a ordem das mortes. Consoante previsto no Código Civil, art. 8º, “se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”.

Assim, só interessa saber qual delas veio a falecer primeiro, acaso uma seja herdeira ou beneficiária da outra, sendo o principal efeito da presunção de

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 22ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 32.

mortes simultâneas a vedação da transmissão da herança, em decorrência da ausência de tempo ou oportunidade para tal.

De acordo com o Princípio de *Saisine*, que consiste na transmissão imediata da herança aos herdeiros legitimados a recebê-la, uma vez aberta a sucessão.

Segundo Washington de Barros Monteiro

A existência da pessoa natural termina com a morte (Código Civil, art. 10). Verificado esse evento, abre-se-lhe a sucessão. Desde o óbito, sem solução de continuidade, opera-se a transmissão da herança, ainda que os herdeiros ignorem o fato do falecimento. Antes da morte, o titular da relação jurídica é o *de cujus*; depois dela passa a ser o herdeiro, legítimo ou testamentário. E é o próprio defunto que investe o sucessor no domínio e posse dos bens hereditários. Esse princípio vem expresso na regra tradicional do direito gaulês *le mort saisit le vif*. Quer dizer, instantaneamente, independente de qualquer formalidade, logo que se abre a sucessão investe-se o herdeiro no domínio e posse dos bens constantes do acervo hereditário¹¹².

Tendo em consideração a sua fonte, são duas espécies de sucessão no Brasil - a *legítima* e a *testamentária* - na dicção do art. 1.786 do Código Civil: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

A sucessão legítima ou *ab intestato* é aquela que se dá em virtude da lei, ou quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento, ou quando este caducar ou for julgado nulo.

O art. 1.829 estabelece a ordem de vocação hereditária, que sofreu alteração no Código Civil de 2002, quando comparada àquela prevista no Código de 1916, pois erigiu o cônjuge a herdeiro necessário, incluindo-o no rol previsto no art. 1.845, bem como determinou a concorrência deste com os ascendentes e os descendentes, a teor do disposto no art. 1.829, I e II do Código Civil vigente¹¹³.

¹¹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, p. 35.

¹¹³ No Código Civil de 1916 eram considerados herdeiros necessários somente os descendentes e os ascendentes. O Código Civil de 2002 incluiu o cônjuge sobrevivente no rol

O legislador brasileiro (art. 1.789, Código Civil), na mesma linha do direito francês (arts. 913 a 919 do *Code*) e do direito português (art. 2.156º do Código Civil), estabeleceu que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança.

A liberdade de testar é, desse modo, limitada, assegurando-se que uma parte dos bens se destine àquela categoria de herdeiros. O princípio, que tem origens no direito romano, "encontra justificativa na ideia que a vontade do testador não pode prejudicar o interesse daqueles que lhe são próximos"¹¹⁴.

Mas juristas e filósofos insurgiram-se contra a reserva legal e a limitação do direito de testar.

Montesquieu defendia que "a lei natural ordenava aos pais que alimentassem os seus filhos, mas não os obrigava a fazê-los herdeiros"¹¹⁵.

Beviláqua, em referência a Comte, sintetizou a tese do último, que julgava imoral a sucessão legítima, porque, no estado normal da civilização, os filhos, "depois de receberem uma educação completa, não deviam esperar dos pais, qualquer que fosse a sua fortuna, senão o auxílio indispensável para a honrosa inauguração da carreira que escolhessem"¹¹⁶.

Stuart Mill opôs-se tenazmente à sucessão *ab intestato*, repudiando-a, em particular, quando beneficiasse parentes colaterais, e defendeu a ampla sucessão contratual e testamentária¹¹⁷.

Clóvis Beviláqua vislumbrava uma *função social* no direito hereditário as teses contrárias à sua abolição:

dos herdeiros necessários, à semelhança do ordenamento jurídico português que, no art. 2.157, do Código Civil, determina: "São herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima".

¹¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: Direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 2.027*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 21, p. 40.

¹¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de. *Esprit des lois*, Liv. XXVII. *Apud*. TAULIER, Marc Joseph Frédéric. *Théorie raisonnée du code civil*. Grenoble: Prudhomme; (Paris: Videcoq; A. Delhomme), 1843, v. 3, p. 37-43.

¹¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 12.

¹¹⁷ MILL, John Stuart. *Principes d'Économie politique*. (trad. H. Dussart et Courcelle-Seneuil). Paris: Guillaumin et Cie Libraires, 1861, v. 2, p. 432-434.

É preciso ter a vista perturbada por algum preconceito para não reconhecer, no direito sucessório, um fator poderoso para aumento da riqueza pública; um meio de distribuí-la do modo mais apropriado à sua conservação e ao bem estar dos indivíduos; um vínculo para a consolidação da família, se a lei lhe garante o gozo dos bens de seus membros desaparecidos na voragem da morte; e um estímulo para sentimentos altruísticos, porque traduz sempre um afeto, quer quando é a vontade que o faz mover-se, quer quando a providência parte da lei¹¹⁸.

A sucessão, garantida pela Constituição da República, "consubstancia-se em verdadeiro corolário do direito de propriedade"¹¹⁹, de modo que as pessoas, seja em face do Estado, seja diante de outros particulares, têm assegurada a possibilidade de transmitir bens aos seus sucessores, com as limitações relativas à reserva legal dos herdeiros necessários¹²⁰.

São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (art. 1.845 do Código Civil), sendo-lhes reservada a *legítima*, ou seja, a metade do acervo hereditário. A outra metade do patrimônio de quem deixa herdeiros necessários, chamada *parte* ou *metade disponível* é a que o testador pode livremente dispor, mediante disposição de última vontade ou por doação¹²¹.

Já a *sucessão testamentária* é aquela que decorre da manifestação de última vontade do autor da herança, que pode ser expressa em testamento ou codicilo.

Para Itabaiana de Oliveira, "a sucessão testamentária é considerada como uma emanção do direito de personalidade e a sucessão legítima é justificada pelos laços de família"¹²².

Quanto aos seus efeitos, a sucessão pode ser classificada em "a título universal" ou "a título singular". A sucessão a título universal ocorre quando é

¹¹⁸ *Idem*, p. 13.

¹¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 282.

¹²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: RT, 2008, p. 258-259.

¹²² OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Ribeiro dos Santos, 1936, v. 1, p. 46.

atribuída ao herdeiro a totalidade da herança ou uma cota parte da universalidade da herança, podendo vir dar-se tanto na sucessão legítima como na testamentária. Na sucessão a título singular o beneficiário da herança recebe um bem certo e determinado, que é denominado *legado*.

A sucessão a título singular somente ocorrerá na sucessão testamentária, quando o testador atribuir bem individualizado a um legatário, enquanto a sucessão legítima será sempre a título universal, pois o herdeiro recebe a totalidade ou uma cota parte do patrimônio do *de cuius*.

Alude também a doutrina à sucessão contratual¹²³. O art. 426 do Código Civil veda a sucessão contratual, considerando-se proibidos os *pactos sucessórios*, uma vez que não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Contudo, deve-se mencionar o previsto no art. 2.018 do Código Civil, que expressamente autoriza a partilha, por ato *inter vivos* ou de última vontade, feita por ascendente aos seus descendentes, desde que não prejudique a legítima. Caso a legítima de algum herdeiro seja atingida pela benesse a outro, reduzir-se-ão os quinhões excessivos, de modo a preservar-se a reserva legal¹²⁴.

Acerca dos legitimados a receber, os sucessores ou herdeiros legítimos são aqueles que a lei indica, na ordem de preferência do art. 1.829 do Código Civil¹²⁵.

¹²³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 22ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6, p. 177; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 45.

¹²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: Direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 2.027*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 21, p. 802-806.

¹²⁵ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

São herdeiros necessários ou reservatários (art. 1.845) os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, que correspondem respectivamente à primeira, segunda e terceira classes de sucessores, seguindo-se a ordem estabelecida no art. 1.829 do Código Civil.

Testamentária é a pessoa agraciada pelo autor da herança no testamento ou no codicilo com uma fração do patrimônio. Legatário é o que sucede recebendo um bem individualizado, descrito em testamento.

A capacidade sucessória, do latim, *capacitas* (de *capere* - apreender, apanhar) é "a faculdade de haver herança, legado ou fideicomisso"¹²⁶.

Sobre a capacidade de suceder dispõe o art. 1.798 do Código Civil que: *Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*, seja na sucessão legítima ou na testamentária.

Trata-se de uma novidade, pois, no Código Civil de 1916, a exigência se impunha somente no âmbito da sucessão testamentária. O legislador seguiu a orientação do direito português, em que a capacidade sucessória, seja legítima ou testamentária, condiciona-se ao nascimento com vida (art. 2.033 do Código Civil português). No direito francês, para a validade da doação e para ser beneficiário de deixa testamentária, exige-se o nascimento viável (art. 906).

Em princípio, portanto, somente as pessoas naturais ou jurídicas estão aptas a suceder, não podendo ser contemplados animais ou coisas inanimadas¹²⁷.

A regra geral é, pois, a da existência no momento da delação da herança, uma vez que esta não se defere no vazio, não se transmite ao nada.¹²⁸ Contudo, no art. 1.798 do Código Civil e em dispositivos subsequentes, o legislador prevê que o nascituro e o não concebido podem

¹²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 126.

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. (atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira). 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 30.

¹²⁸ POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres contenant les traités du droit français*. Bruxelles: Imprimerie de Ode et Wodon, 1830, v. 4, p. 382

ser admitidos como herdeiros, embora a falta do nascimento com vida atue como condição resolutive daqueles direitos. Como observou Carvalho Fernandes, "a título temporário, o direito subjectivo subsiste sem estar efectivamente atribuído a qualquer pessoa"¹²⁹.

Apesar da regra contida nos dispositivos mencionados, ressaltou-se o direito do nascituro. De acordo com o art. 2º do Código Civil, o começo da personalidade se dá com o nascimento com vida.

Entretanto, os direitos do nascituro são salvaguardados desde a concepção. Segundo Caio Mário nomeia-se-lhe um curador e este "adquire de imediato a propriedade e a posse da herança, como se já fosse nato desde o momento da abertura da sucessão. Se, porém, nasce morto, deve ser considerado como se nunca tivesse existido"¹³⁰.

A eficácia de sua vocação hereditária fica, porém, condicionada ao nascimento com vida. Caso contrário, não haverá aquisição de direitos, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves

[...] se porventura nascer morto o feto, não haverá aquisição de direitos, como se nunca tivesse existido. Com isso, nem recebe nem transmite direitos. Nesse caso, a herança ou quota hereditária será devolvida aos herdeiros legítimos do *de cuius*, ou ao substituto testamentário, se tiver sido indicado, retroagindo a devolução à data da abertura da sucessão¹³¹.

A sucessão, legítima ou testamentária, pressupõe que o herdeiro ou legatário sobreviva ao autor da herança. Assim, a delação da herança exige que o sucessor exista e seja conhecido.

A legitimação para suceder por testamento, prevista no art. 1799 do Código Civil, indica outras pessoas, além daquelas já existentes ou concebidas, para serem contempladas na sucessão testamentária, que reflete a disposição de última vontade do testador. O inciso I do referido dispositivo

¹²⁹ FERNANDES, Luís A. de Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 3ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 143.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. (atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira). 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 25.

¹³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 70.

dispõe que podem ser chamados a suceder “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Diferentemente do nascituro, trata-se de indivíduo ainda não concebido, sendo a aquisição da herança condicional, dependendo do acontecimento de evento futuro e incerto. É preciso que seja filho da pessoa indicada pelo testador e esta deve estar viva ao abrir-se a sucessão, senão caduca a disposição testamentária.

Aberta a sucessão, o juiz deverá nomear um curador, que ficará responsável pela guarda e administração dos bens da herança. O art. 1.800, §4º, exige que a concepção se dê no prazo de dois anos, contados da abertura da sucessão. Decorrido este prazo, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em contrário.

Já o inciso II do art. 1799 do Código Civil disciplina que “as pessoas jurídicas”, qualquer delas, também podem ser beneficiadas por testamento, desde que já existente, o que se dá, no caso de pessoas de direito privado, com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.

O inciso III do art. 1799 trata das *pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob forma de fundação*, quando o testador pretender criá-la, “mediante a dotação de bens livres e desembaraçados, para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência (art. 62, parágrafo único)”.¹³²

Em seguida, dispõe o art. 1801 do CC que não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

- I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;
- II - as testemunhas do testamento;
- III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;
- IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 77.

O art. 1801 cuida da incapacidade testamentária passiva de herdeiros ou legatários que são excluídos da sucessão testamentária por serem considerados suspeitos.

A suspeição, prevista no inciso I, ocorre porque quem escreve o testamento, poderia "abusar da confiança nela depositada pelo testador, ou induzi-lo a dispor, quer em seu benefício, quer em benefício de seu cônjuge, descendente ou irmão", pessoas que se consideram interpostas¹³³.

As testemunhas, previstas no inciso II, poderiam interferir na vontade do testador, sendo certo que "a verdade e a segurança das disposições *causa mortis* melhor se asseguram pelo testemunho de pessoas que nenhum interesse tenham, realmente, nas liberalidades do testador"¹³⁴.

No inciso IV, ao arrolar as autoridades incumbidas de fazer ou aprovar o testamento, "o legislador visa também coibir abusos e distorções, comprometedoras da autenticidade da manifestação de vontade do testador"¹³⁵.

Não se utilizou a ordem do dispositivo legal, deixando-se por último a análise do inciso III, porque destoa dos demais e refere-se a ponto central do presente trabalho, correspondendo ao *concupino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos*, a merecer destaque e exame em separado, subsequentemente.

¹³³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958, p. 913.

¹³⁴ *Idem*, p. 914.

¹³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: Direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 2.027*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 21, p. 116.

2 A incapacidade testamentária do concubino do testador casado

A regra do art. 1.801, III, do Código Civil de 2002 não traz novidade no nosso ordenamento jurídico. O Código Civil de 1916, no art. 1719, III, proibiu que a concubina do testador casado fosse nomeada sua herdeira ou legatária.

A inovação decorre da igualdade no tratamento entre marido e mulher. A regra do Código Civil de 1916 previa a incapacidade testamentária da *concubina do testador casado*, não se referindo a eventual concubino da mulher casada. Isso se deve ao fato de que a esposa, até o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), era considerada relativamente incapaz, juridicamente submissa ao marido, tendo a igualdade sido efetivamente instaurada com o advento da Constituição da República de 1988.

No Código Civil vigente, assim como no Código anterior, estende-se a proibição a interposta pessoa (art. 1.802, do Código Civil), demonstrando-se que a lei civil, a exemplo do que ocorre com a doação (art. 550 c/c art. 1.642, V, do Código Civil), procura evitar seja o impedimento indiretamente burlado¹³⁶.

Nega a lei ao concubino (art. 1.727 do Código Civil), não ao companheiro (art. 1.723, Código Civil), capacidade testamentária passiva¹³⁷, mantendo-se clara

¹³⁶ Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Art. Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: (...) V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa. Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.

¹³⁷ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

a distinção de institutos e de efeitos jurídicos também na jurisprudência dos tribunais superiores¹³⁸.

A nomenclatura *união estável* foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição de 1988¹³⁹.

Contudo, a construção jurisprudencial anterior à Constituição já vinha fixando distinção entre *concubina* e *companheira*. *Concubina* correspondia à amante, cúmplice em adultério. *Companheira* era a que vivia com homem não impedido de casar ou, se casado, separado judicialmente ou de fato. O objetivo da distinção era estabelecer diferenças quanto aos efeitos jurídicos a serem produzidos e, para tanto, chamava-se o primeiro de concubinato *impuro* ou *impróprio* e o último de concubinato *puro* ou *próprio* (que passou a ser denominado *união estável* após a Constituição de 1988)¹⁴⁰.

Na jurisprudência, há um *leading case*, que corresponde ao REsp. nº 196-RS, cujo relator foi o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, considerou válido legado instituído à companheira, destacou a diferença entre companheira e concubina e afastou a proibição legal, diante da separação de

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

¹³⁸ COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma, Relator Min. Marco Aurélio, RE nº 590.779/ES, j. 10/02/2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12.05.2012).

¹³⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁴⁰ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinatos*. 3ª ed., São Paulo: LEUD, 1988, p. 16 a 18; CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996, 41-49; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: RT, 1998, p. 107-117; MOURA, Mário Aguiar. *Concubinatos*. 6ª ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1985, p. 58-64; PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva. 1997, p. 30-33.

fato que havia entre o instituidor e sua esposa e da prolongada convivência entre este e a legatária:

Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, com exegese restritiva do art. 1719, III, do Código Civil. Impede dar à lei, especialmente em alguns campos do Direito, interpretação construtiva, teleológica e atualizada¹⁴¹.

O relator, ao qualificar a legatária do caso *sub examine* como companheira, associou os elementos necessários à configuração da união estável à separação de fato, como se vê em trecho de seu voto:

Sua caracterização está na convivência de fato, como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto com durabilidade.

(...)

Precisando a diferença, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal (RTJ 82/934)¹⁴².

A respeito da proteção da companheira em detrimento da mulher casada, em decorrência dos efeitos da separação de fato, a síntese da fundamentação foi a seguinte:

Por outro lado, restrito ao tema considerado relevante na arguição, estou em que o *decisum* não põe em risco a instituição do casamento, que permanece como base da sociedade (art. 226 da CF). A existência de união estável entre o homem e a mulher, por igual modo, é reconhecida como entidade familiar (§ 3ª da Carta Política), em inequívoca demonstração de que o legislador constituinte, sensível à realidade vivenciada pela sociedade, consagrou esse relacionamento como credor da proteção do Estado. E este, através de sua função jurisdicional, quando interpreta restritivamente o impedimento consignado no art. 1719, III, do CCB, cumpre o desiderato constitucional¹⁴³.

¹⁴¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, REsp nº 196-RS, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08/08/1989. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 23.08.2012.

¹⁴² *Idem, ibidem*.

¹⁴³ *Idem, ibidem*.

Assentou-se também que outra é hoje a feição da família, bem como da posição da mulher no casamento, devendo o Direito prestigiar as situações reais e não meramente formais.

Mas, no art. 1.801, III, o legislador, sem remissão a qualquer outro dispositivo legal fala em concubino, o que sugere a exclusão das hipóteses em que tenha havido somente um relacionamento esporádico, adúlterino ou não.

No entanto, para Hélio Borghi, está certo que se fale em concubinato, porque seria indecoroso revolver a vida de testador e de terceiros, buscando provar relações adúlteras esporádicas, com terceiros, querendo a lei evitar um ultraje aos costumes e garantir o respeito ao direito de intimidade da vida do defunto e de sua família¹⁴⁴.

Todavia, justificar a restrição somente ao concubino, excluindo o cúmplice em adultério, como proteção à intimidade do instituidor falecido, não é solução satisfatória, quando se confronta tal hipótese com a de morte do doador casado que realizara tal liberalidade ao seu cúmplice em adultério (art. 550, do Código Civil).

Dispõe o art. 550 do Código Civil, que será de dois anos o prazo para a anulação da doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal¹⁴⁵.

A hipótese é de anulabilidade, tendo em vista que a lei prevê prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da ação de invalidade e restringe a legitimidade ao cônjuge sobrevivente e aos herdeiros necessários. Vale lembrar que os negócios nulos não convalidam pelo decurso do tempo (art. 169, Código

¹⁴⁴ BORGHI, Hélio. Liberalidades à concubina: nulas ou Anuláveis? *Revista dos Tribunais*. Abril de 1990, v. 654, p. 255.

¹⁴⁵ CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - ANULAÇÃO DE DOAÇÃO À CONCUBINA - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. 1. Em caso de fraude, o prazo prescricional da ação anulatória de doação do art. 1.177 do CC/1916, inicia-se com a dissolução formal do casamento. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, REsp nº 72997-SP, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18/05/2004. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 23.08.2012.

Civil), podendo ser arguídos por qualquer interessado, pelo Ministério Público e conhecidos *ex officio* pelo juiz - o que não se aplica ao caso.

De acordo com Sylvio Capanema de Souza

Muito bem andou o legislador, para assim determinar. É que o cônjuge traído pode preferir não anular o negócio jurídico, suportando o prejuízo que dele decorre, ao invés de expor a público o escândalo do adultério, o que poderia lhe acarretar insuportável constrangimento¹⁴⁶.

No entanto, também na hipótese da doação a concubino, uma vez dissolvida a sociedade conjugal pela morte do doador, não se estará, da mesma maneira, revolvendo a sua vida e desrespeitando sua intimidade?

Se algum dos herdeiros for incapaz, não há como afastar a iniciativa e a atuação do Ministério Público, sendo um consectário lógico a possibilidade de o juiz pronunciar a invalidade *ex officio*, diante da matéria de ordem pública voltada para a proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade, como menores ou maiores incapazes.

Lado outro, sendo os herdeiros todos maiores e capazes, autorizando-se inclusive o inventário pela via notarial, a anulabilidade da doação é direito potestativo, cujo decurso do prazo impede que o negócio seja atacado. De toda sorte, parece haver incongruência no sistema do direito privado, pois para a defesa de direito patrimonial violam-se direitos da personalidade do *de cuius*, que se projetam *post mortem* na legitimidade atribuída precisamente àqueles que devem, para aumentar seu acervo hereditário, maculá-los.

Sob o prisma sucessório, legado e herança compõem o rol das chamadas liberalidades que a lei civil proíbe que faça a pessoa casada, não separada de fato, ao concubino.

¹⁴⁶ SOUZA, Sylvio Capanema. *Comentários ao novo Código Civil: Das várias espécies de contrato. Da troca ou permuta. Do contrato estimatório. Da doação. Da locação de coisas. Arts. 533 a 578.* (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 8, p. 208.

A deixa testamentária para o *concupino do testador casado* tem consequência mais grave do que a doação (art. 550 do Código Civil), pois se trata de hipótese de nulidade, consoante disposto no art. 1.802 do Código Civil.

Embora haja decisões considerando de ordem pública a proibição relativa à liberalidade *causa mortis*, como defesa da mulher e do patrimônio familiar, não se vislumbra razão para a subsistência da sanção, que poderia ser promovida *ex officio*, ou pelo Ministério Público, quando, na verdade, não havendo herdeiros incapazes, cuida-se de direito patrimonial e, pois, disponível.

Em outras palavras, caso a invalidade não seja demandada pela viúva nem pelos herdeiros, por que haveria de ser revogada a intimidade do falecido?

Bittencourt menciona um julgado de 1968, no qual se anulou o legado deixado à concubina, uma vez que "não obstante o pedido da esposa e dos filhos do *de cuius* no sentido da validade", entendeu-se ser nulo o legado feito à concubina por homem casado, sob o fundamento de que: "A nulidade assim instituída, porque é de ordem pública, pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, como expressamente dispõe o art. 146 do CC"¹⁴⁷.

No referido acórdão, a argumentação do Desembargador Bulhões de Carvalho (voto vencido), merece destaque:

Essa incapacidade da concubina para receber doação cessou de ser admitida em todos os Códigos Civis modernos, salvo o português e o brasileiro. O nosso legislador, entretanto, não se limitou a manter esse dispositivo referente à incapacidade de a concubina receber doação. Deve-se notar, em primeiro lugar, o evidente antagonismo existente entre esse art. 1.719 e os arts. 248, n. IV e 1.177 do CC. De acordo com estes dois últimos, a doação do marido à concubina ou a do cônjuge adúltero ao seu cúmplice somente podem ser anuladas pelo outro cônjuge ou seus herdeiros necessários, no prazo de dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal. De acordo com o art. 1.719, III combinado com o art. 1.720, o legado feito pelo testador casado à sua concubina é nulo. Entretanto, a razão da proibição legal em ambos os casos é a mesma: é o interesse patrimonial do outro cônjuge ou de seus herdeiros necessários. Por isso, muito logicamente se deveria interpretar a nulidade em que incide o

¹⁴⁷ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concupinato*. 3ª ed., São Paulo: LEUD, 1988, p. 125.

legado à concubina como simples nulidade relativa, somente alegável pela viúva ou seus herdeiros necessários, pelo mesmo motivo jurídico que estatui simples nulidade relativa em caso de doação do marido à concubina¹⁴⁸.

Destaca-se o voto do referido Desembargador, porque revela a incongruência dos sistema sucessório com a teoria geral das nulidades, pela qual a lógica da distinção entre nulidade e anulabilidade reside no interesse, público ou privado, juridicamente tutelado pela norma violada. Ou seja, tratando-se de direito patrimonial e disponível, salvo interesse de incapaz, não se justificaria impor sanção tão grave como a nulidade.

Deveria haver coerência com a regulamentação conferida à doação, pois não se justifica atribuir tratamento *inter vivos* menos grave que o imputado *mortis causa*, justamente quando o autor da liberalidade considerada inválida não está presente para se defender.

Na verdade, em ambas as hipóteses, trata-se, também, de restrição à liberdade do proprietário/testador, além da legítima e não apenas um impedimento dirigido à concubina.

Observe-se que a legitimidade para a propositura da ação toca a quem tenha interesse na queda da cláusula testamentária¹⁴⁹.

Segundo Dias, é vedado o legado, ainda que sob a forma de remuneração por serviços prestados, considerando peremptório o texto do art. 1.719, III, do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 1.801, III, do Código Civil de 2002¹⁵⁰.

Pode-se identificar o sujeito passivo, a quem se dirigem as vedações, diante das diversas qualificações, genericamente agrupadas sob duas qualificações principais: a) o concubino, identificado como aquele que mantém

¹⁴⁸ *Idem*, p. 125-126.

¹⁴⁹ *Revista Forense*, v. 94, p. 71.

¹⁵⁰ DIAS, Adahyl Lourenço. *A Concubina e o Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 202.

relacionamento não eventual com pessoa impedida de casar; e, b) o cúmplice do cônjuge adúltero (para fins civis, como violação ao dever de fidelidade, tendo em vista a descriminalização do adultério), que pode confundir-se com a anteriormente indicada, dependendo da situação fática, pois o impedimento para o casamento pode ser referente ao fato de se tratar de pessoa já casada.

A despeito das incongruências apontadas, verifica-se que as vedações a que pessoa casada beneficie terceiro, com quem tenha um relacionamento de ordem afetiva, instalam-se a partir de um núcleo comum traduzido pela proteção à família legalmente constituída e ao patrimônio familiar.

Conquanto, no caso do art. 1.801, III, do Código Civil, o propósito tenha sido proteger a família, quanto à perquirição da culpa, o dispositivo merece a crítica de Caio Mário da Silva Pereira

A referência à culpa é uma ressalva incabível, ou um excesso de puritanismo. Separado de fato o casal por um quinquênio, não cabe apurar de quem a culpa, como se se tratasse de dissolução da sociedade conjugal. O que a disposição veda é que o marido ou a mulher teste em favor de seu (ou de sua) amante. Mas se o casal é separado de fato a mais de cinco anos, não é hora de apurar culpa¹⁵¹.

Contudo, as múltiplas interpretações no âmbito do direito sucessório do cônjuge, e, em especial, a regra do art. 1.830, que impõe a perquirição de culpa, revelam mais inconsistências no sistema, que se refletem na doutrina e na jurisprudência, conforme se demonstrará a seguir.

¹⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. (atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira). 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 192.

3 O direito sucessório do cônjuge

No sistema sucessório anterior ao Código Civil de 1916, o cônjuge herdava em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos colaterais, que eram chamados até o décimo grau, em vínculo tão remoto, que, conforme Beviláqua

No décimo grau, não há mais consciência da unidade da família; não há mais essa afeição simpática dos parentes entre si, que é uma tradução inconsciente, mas vivaz, da solidariedade jacente no grupo, por onde correm as ondas do mesmo sangue; não se distingue mais o parente do conterrâneo¹⁵².

A situação do cônjuge assim perdurou até o advento do Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, apelidado *Lei Feliciano Pena*, em homenagem ao seu autor, senador mineiro. A partir de então, o cônjuge passou a ser chamado a suceder em terceiro lugar, antes dos colaterais¹⁵³.

O Código Civil de 1916 manteve tais regras (art. 1.611), deferindo a sucessão ao cônjuge supérstite sob dois requisitos: a) ausência de descendentes e de ascendentes; b) não estar dissolvida a sociedade conjugal¹⁵⁴.

¹⁵² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 121.

¹⁵³ **Decreto nº 1.839, de 31 de Dezembro de 1907** - Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao conjugue sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas.

Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 21.08.2012.

¹⁵⁴ Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

Art. 1.611. A falta de descendentes ou ascedentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).

A existência de descendentes ou de ascendentes excluía o cônjuge, assim como a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal (desquite - mais tarde separação judicial, nulidade ou anulação do casamento, morte ou divórcio). Era necessário, no caso de desquite e, mais tarde, de separação judicial, que houvesse sido proferida sentença, não sendo suficiente a cautelar de separação de corpos ou a separação de fato¹⁵⁵.

Mas a sucessão do cônjuge independia do regime de bens. Mantida a sociedade conjugal e ausentes descendentes e ascendentes, o viúvo herdava¹⁵⁶.

O Código Civil de 2002 trouxe significativa mudança, fazendo com que o cônjuge sobrevivente concorra com os descendentes ou com os ascendentes do falecido.

Muito se tem discutido a respeito da exata interpretação do art. 1.829, do Código Civil de 2002, que regula a sucessão legítima:

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

¹⁵⁵ VOCAÇÃO HEREDITÁRIA, NA FALTA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES, A HERANÇA CABE AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE NÃO DESQUITADO AO TEMPO DA ABERTURA DE SUCESSÃO. AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO DE LEI OU DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma, Relator Min. Henrique D'Avila, RE nº 40.956/SP, j. 05/11/1959. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 18.08.2012).

¹⁵⁶ SUCESSÃO. SE O *DE CUJUS* NÃO DEIXA DESCENDENTES NEM ASCENDENTES, DEFERE-SE A SUCESSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, MESMO QUE O REGIME DE CASAMENTO, TENHA SIDO O DA SEPARAÇÃO DE BENS. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma, Relator Min. Oswaldo Trigueiro, RE nº 55298/GB, j. 14/11/1966. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 18.08.2012).

Além de participação que venha a ter na qualidade de herdeiro necessário, e independentemente do regime de bens do casamento, o cônjuge sobrevivente terá o direito real de habitação do imóvel que servia de residência da família, desde que seja o único dessa natureza a inventariar (art. 1.831)¹⁵⁷.

Caberá ao cônjuge, em concorrência com os descendentes, quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer¹⁵⁸.

O cônjuge sobrevivente terá esse quinhão mínimo, estabelecido no art. 1.832, concorrendo com descendentes seus; se, ao contrário, os descendentes não são comuns ao cônjuge sobrevivente, haveria a concorrência, sem quota destinada. De acordo com o referido dispositivo, o cônjuge receberá quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça e, se deles for ascendente, sua quota não pode ser inferior à quarta parte da herança.

Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (art. 1.838 do Código Civil de 2002). Sendo o cônjuge herdeiro necessário, fica limitada a liberdade de testar do autor da herança, que não poderá dispor em testamento além da parte disponível, nem estabelecer restrições à legítima.

Para Salomão de Araújo Cateb que, “o direito real de habitação, outorgado ao cônjuge, beneficia-o muito mais que o antigo usufruto vidual. A lei não determina perda do direito com o advento de novas núpcias, o que era fatal na legislação revogada”¹⁵⁹. Ainda sobre o direito real de habitação, têm-se o Enunciado 271 aprovado na III Jornada de Direito Civil: “O cônjuge pode

¹⁵⁷ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

¹⁵⁸ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual aos dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

¹⁵⁹ CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 80.

renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem prejuízo de sua participação na herança”.

Entretanto, um dos pontos mais polêmicos sobre a sucessão do cônjuge envolve a interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil.

A redação ambígua dessa norma tem suscitado muitas dúvidas na doutrina, e três correntes se estabeleceram, interpretando o dispositivo legal de maneira completamente diferente, como se demonstrará a seguir.

3.1 Regimes de bens na sucessão do cônjuge

A primeira corrente é apoiada pelo Enunciado 270, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, que dispõe:

Enunciado 270. Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Consoante tal entendimento, a sucessão do cônjuge obedeceria às seguintes regras: a) quando o casamento for regido pela comunhão universal, o sobrevivente não concorre com os filhos na sucessão, já que teria recebido suficiente patrimônio em decorrência da meação; b) se o casamento ocorreu pela separação obrigatória, também não concorrem cônjuge e filhos, porque isso burlaria o sistema legal; c) finalmente, se o casamento tiver sido realizado sob a comunhão parcial (ou nos demais regimes de bens), há duas possibilidades: I) se o falecido deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente participa da sucessão, porém só quanto a tais bens, excluindo-se os bens adquiridos na constância do casamento, porque eles já são objeto da meação; II) se não houver bens particulares, o cônjuge sobrevivente não participa da

sucessão, porquanto sua meação seria suficiente e se daria, aqui, hipótese semelhante à da comunhão universal de bens.

Para maior clareza, pode-se elaborar um quadro, demonstrativo das regras gerais de sucessão legítima, segundo esta corrente, nas hipóteses em que o falecido tenha deixado descendentes e cônjuge:

Regimes	Meação	Herda bens particulares?	Herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Sim, concorrendo com os descendentes.	Não
Separação obrigatória	Não	Não	Não
Separação convencional	Não	Sim, concorrendo com os descendentes.	Não

Entre os autores que adotam tal entendimento podem ser mencionados Euclides de Oliveira¹⁶⁰, Ney de Mello Almada¹⁶¹, Sílvio de Salvo Venosa¹⁶², Washington de Barros Monteiro¹⁶³.

A posição *supra* mencionada é acolhida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no tocante à herança do cônjuge, em concorrência com os descendentes, casado pela comunhão parcial, incidir apenas sobre os bens

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de Herança*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108.

¹⁶¹ ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175.

¹⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito das Sucessões*. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 138.

¹⁶³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. (atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto). 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97.

particulares¹⁶⁴, aplicando-se o mesmo raciocínio na hipótese de o supérstite ter sido casado pela separação convencional¹⁶⁵.

¹⁶⁴ INVENTÁRIO - SUCESSÃO LEGÍTIMA - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - BENS COMUNS E PARTICULARES - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - MEEIRO E HERDEIRO. Tendo sido o casamento celebrado no regime de comunhão parcial, deixando o falecido bens particulares, receberá o cônjuge supérstite a sua meação nos bens comuns adquiridos na constância do casamento e concorrerá com os descendentes na partilha dos bens particulares. (TJMG. Primeira Câmara Cível, Relator Des. Geraldo Augusto, Apelação Cível nº 1.0024.03.182553-2/001, j. 03/10/2006. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - RITO DE ARROLAMENTO SUMÁRIO - COMPOSIÇÃO DO MONTE-MOR A SER PARTILHADO E DIVISÃO DE BENS ADOTADA NO ESBOÇO DO PLANO DE PARTILHA APRESENTADO PELO INVENTARIANTE - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES - CÔNJUGE SOBREVIVENTE - DIREITO À MEAÇÃO DO BEM COMUM E CONCORRÊNCIA COM A DESCENDENTE APENAS NA PARTILHA DOS BENS PARTICULARES - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NÃO EVIDENCIADO, SOB PENA DE VULNERAÇÃO AO ARTIGO 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - RECURSO DESPROVIDO. (TJMG. Terceira Câmara Cível, Relator Des. Elias Camilo, Agravo de Instrumento nº 1.0024.06.147623-0/001, j. 14/06/2012. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - INVENTÁRIO - ESBOÇO DE PARTILHA - HOMOLOGAÇÃO - CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO - CÔNJUGE SOBREVIVENTE E DESCEDENTES - BENS PARTICULARES - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL - PREVISÃO LEGAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.829, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. (TJMG. Quinta Câmara Cível, Relator Des. Barros Levenhagen, Apelação Cível nº 1.0016.05.046273-4/001, j. 14/06/2012. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

INVENTÁRIO - SUCESSÃO LEGÍTIMA - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - BENS COMUNS E PARTICULARES - VIÚVA - MEEIRA DE BENS COMUNS - HERDEIRA DE BEM PARTICULAR - ART. 1829, INC. I, CC - SENTENÇA REFORMADA. Sendo o casamento celebrado sob o regime de comunhão parcial, mas deixando o falecido bens particulares, em relação a estes a viúva concorrerá com os descendentes, cada um tendo direito a frações eqüitativas do patrimônio, pois quanto a este o cônjuge sobrevivente não terá direito à meação, enquanto receberá somente a meação dos bens comuns, dos quais não será herdeira. Isto com base no raciocínio de que onde cabe comunhão não é cabível concorrência com descendentes, pois já teria sido beneficiada e vice-versa. (TJMG. Quinta Câmara Cível, Relator Des. Nepomuceno Silva, Apelação Cível nº 1.0024.04.463851-8/001, j. 06/12/2007. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

¹⁶⁵ 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 - REMOÇÃO DO INVENTARIANTE - ART.995 DO CPC - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CONDUTA ILÍCITA, DESLEAL OU ÍMPROBA - REGULAR ADMINISTRAÇÃO DO ESPÓLIO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE REMOÇÃO - RESPEITO À ORDEM LEGAL PREVISTA NO ART.990 DO CPC. 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. Primeira Câmara Cível, Relator Des. Geraldo Augusto, Agravo de Instrumento nº 1.0024.09.514308-7/001, j. 17/12/2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

Invertendo a lógica central em que se fundam as duas primeiras correntes, há quem defenda que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente deve incidir somente sobre o patrimônio comum.

Caio Mário da Silva Pereira sustenta que "a ausência de patrimônio particular do *de cuius* importa em serem comuns *todos* os seus bens: por uma circunstância fática, essa última situação se equipara à primeira (de comunhão universal) e, portanto, merece igual tratamento", concluindo que: "se o regime de bens era o da *comunhão parcial*, e o *de cuius* tinha bens particulares (caso em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação, obviamente, apenas sobre o patrimônio *comum*)¹⁶⁶.

Maria Berenice Dias, embora reconheça-se em posição minoritária, diante do amplo acolhimento da tese de que o cônjuge somente concorre sobre os bens particulares, sustenta que a concorrência do viúvo deve ser calculada exclusivamente sobre os bens comuns, "buscando contornar ao menos em parte a incongruência da norma legal". E conclui a autora gaúcha

Esta posição, ainda que minoritária, utiliza o mesmo critério que a lei prevê para o cálculo do direito concorrente na união estável. E nada, absolutamente nada, justifica adotar soluções díspares para situações iguais. Ao depois, todos os projetos de lei em tramitação buscando alterar esta norma legal adotam este entendimento¹⁶⁷.

Também seguem tal orientação Luiz Paulo Vieira de Carvalho¹⁶⁸ e Débora Gozzo¹⁶⁹.

O quadro sucessório, sob este raciocínio, ficaria da seguinte forma:

¹⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. (atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira). 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 132.

¹⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: RT, 2008, p. 143.

¹⁶⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: questões fundamentais e controvertidas na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 261.

¹⁶⁹ GOZZO, Débora. Nova ordem da vocação hereditária. In: *Principais controvérsias no novo Código Civil*. (Coord. José Carlos Moreira Alvez, Miguel Reale). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 96.

Regimes	Meação	Herda bens particulares?	Herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Não	Sim, concorrendo com os descendentes.
Separação obrigatória	Não	Não	Não
Separação convencional	Não	Não	Sim, concorrendo com os descendentes.

A terceira corrente doutrinária sobre a interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil, perfilha tese consideravelmente diferente. Seus partidários, a exemplo dos defensores do Enunciado 270, *retro* mencionado, separam, no casamento pela comunhão parcial, a hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, e a hipótese em que ele não tenha deixado bens particulares, na análise do direito sucessório do cônjuge em concorrência com descendentes. Se o *de cuius* não tiver deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente nada recebe, a título de herança. Todavia, se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herda, nas proporções fixadas pelo Código Civil (arts. 1.830, 1.832 e 1.837), não apenas sobre os bens particulares, mas sobre todo o acervo hereditário.

São adeptos de tal pensamento Arnaldo Rizzardo¹⁷⁰, Arnaldo Wald¹⁷¹, Mario Roberto Carvalho de Faria¹⁷², Maria Helena Diniz, que explicita os seguintes fundamentos:

¹⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173.

¹⁷¹ WALD, Arnaldo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v. 6, p. 99.

Acatamos a primeira posição, como já dissemos, porque a lei não diz que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do *de cujus* e para atender ao princípio da *operabilidade*, tornando mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro. (...) Além disso: *a*) a herança é indivisível, deferindo-se como um *todo unitário*, ainda que vários sejam os herdeiros (CC, art. 1.791 e parágrafo único); *b*) o viúvo que for ascendente dos herdeiros (descendentes do *de cujus*), tem direito a uma quota não inferior a *um quarto da herança* (CC, art. 1.832); *c*) o cônjuge supérstite é herdeiro necessário (CC, arts. 1.845 e 1.846), tendo direito à quota legitimária a ser respeitada na sucessão testamentária, visto que o *de cujus* só poderá dispor de sua porção disponível (*metade da herança*). (...) *d*) (...) Nada obsta a que os nubentes, no pacto antenupcial, disponham sobre a comunicabilidade dos aquestos, para evitar o enriquecimento indevido. E, apesar disso, o art. 1.829, I, não exige, para que o viúvo herde, a existência de bens particulares do *de cujus*; logo, o viúvo concorre com descendentes nos aquestos. (...) *e*) No falecimento, a meação do falecido passa a integrar seu patrimônio, não havendo razão para destacá-la para fins de herança¹⁷³.

Nos termos desta linha de pensamento, a sucessão do cônjuge, concorrendo com descendentes, seria assim:

Regimes	Meação	Herda bens particulares?	Herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Sim, concorrendo com os descendentes.	Sim, concorrendo com os descendentes.
Separação obrigatória	Não	Não	Não
Separação convencional	Não	Sim, concorrendo com os descendentes.	Sim, concorrendo com os descendentes.

¹⁷² FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 96.

¹⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 22^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6, p. 122-124.

O Superior Tribunal de Justiça, em 2002, em acórdão que teve a ministra Nancy Andrighi como relatora, decidiu que "a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges", devendo-se "contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes"¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge 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

No tocante à separação de bens, embora a doutrina predominante, por meio das correntes apontadas, posicione-se no sentido de que o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da separação convencional de bens, mantenha a condição de herdeiro concorrente, há entendimento em sentido contrário, com amparo em fundamentos patrocinados por Miguel Reale, que assevera serem

duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão 'separação obrigatória' aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641¹⁷⁵.

Dessa forma, a separação obrigatória a que se refere o art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, é gênero do que são espécies a separação convencional e a legal. Com base nisso, conclui que em hipótese alguma, seja na separação legal, seja na separação convencional, o cônjuge será herdeiro necessário do autor da herança.

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. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, REsp nº 992749/MS, j. 01/12/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10.08.2012.

¹⁷⁵ REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61-64.

O Superior Tribunal de Justiça tem acolhido a tese defendida por Miguel Reale e excluído o cônjuge, casado pela separação convencional, da sucessão do outro, quando em concorrência com descendentes¹⁷⁶.

Cabe, a seguir, analisar os outros requisitos para que o cônjuge possa herdar, previstos no art. 1.830 do Código Civil:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara insuportável sem culpa do sobrevivente.

Além do regime de bens, para que o cônjuge sobrevivente herde, não pode estar separado, judicialmente ou de fato há mais de dois anos, devendo, ainda, provar que não deu causa à insuportabilidade da vida em comum - o que se examinará abaixo.

3.2 Separação de fato

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, "a vocação do cônjuge pressupõe a subsistência do vínculo conjugal e, por isso mesmo, não há como invocar o direito se já ocorreu a separação judicial (com o aval do Judiciário) ou

¹⁷⁶ DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. MORTE DO VARÃO. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRO NECESSÁRIO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. 1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. 2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário. 3. Recurso conhecido e provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Relator Min. Fernando Gonçalves, REsp nº 1111095/RJ, j. 01/10/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10.08.2012.)

mera separação fática (sem o aval, mas com iguais efeitos quanto à ruptura do vínculo)¹⁷⁷.

A separação de fato configura a extinção da comunhão plena de vida, que é o mais importante elemento do casamento. Em consequência, a separação de fato produz uma série de efeitos, pessoais e patrimoniais.

Os efeitos patrimoniais referem-se, basicamente, à análise de jurisprudência brasileira, consolidada nas últimas décadas, firmando entendimento de que os bens adquiridos por algum dos cônjuges, mediante seu esforço isolado, sem a utilização de bens ou recursos comuns, estariam excluídos da partilha, sendo incomunicáveis, tendo por fundamento o repúdio ao enriquecimento sem causa.

A separação de fato põe fim à comunhão plena de vida entre os cônjuges, extinguindo o elemento mais importante do casamento. O art. 1.511 do Código Civil prevê que: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. A comunhão de vida decorre do casamento, como se depreende do texto legal, mas é também uma finalidade principal desse instituto, como já esclarecia Orlando Gomes, ao sustentar que “o primeiro e mais importante princípio do novo direito de família é o que põe a *ratio*, o fundamento básico do matrimônio e da vida conjugal na *afeição* entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida”¹⁷⁸.

Coltro, Teixeira e Mafra explicam que “a afeição é o verdadeiro parâmetro do casamento, na medida em que há sensível redução das relações puramente artificiais, pela relevância das noções de *comunhão de vida* e da *affectio maritalis*, como elementos matrimoniais”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: Direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 2.027.* (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 21, p. 228.

¹⁷⁸ GOMES, Orlando. *Direito de Família.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 25.

¹⁷⁹ COLTRO, Antonio Carlos Mathias, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito Pessoal – Arts. 1.511 a 1.590.* (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 2005, v. 17, p. 72.

Inversamente, pode ocorrer o reconhecimento de um casal, como célula familiar, apesar da ausência de vida em comum, no sentido material do termo (coabitação), como se verifica na previsão legal acerca da união estável, em que a lei exige *convivência* e não *coabitação* (art. 1.723, CC), como também é expressamente autorizada a configuração de união estável por pessoa casada, desde que separada de fato (art. 1723, §1º, CC).

Daí a importância da distinção entre coabitação e convivência. De um lado, nada obsta que os cônjuges vivam em residências separadas, sem ruptura da convivência conjugal, não se confundindo separação de fato com ausência de coabitação, conquanto, em regra, coincidam. E, de outro lado, a separação de fato, pondo fim à convivência (e também à coabitação), permite o reconhecimento de união estável pela pessoa casada, mas separada de fato.

Segundo Antônio Chaves¹⁸⁰, a coabitação é o caráter material e visível da convivência, tendo a última por fator essencial o *animus* ou *affectio conjugalis*, que representa a vontade dos cônjuges de realizarem os fins do casamento.

Isso porque devem os cônjuges, para que haja a plena comunhão de vida, querer permanecer casados.

A separação de fato se caracteriza tanto pela existência de elemento objetivo quanto de elemento subjetivo, como defende Orlando Gomes:

O elemento objetivo é a própria separação, passando os cônjuges a viver em tetos distintos, deixando, por outras palavras, de cumprir o dever de coabitação, no mais amplo sentido da expressão. O elemento subjetivo é o *animus* de dar como encerrada a vida conjugal, comportando-se como se o vínculo matrimonial fosse dissolvido¹⁸¹.

A separação de fato, portanto, não corresponde ao simples afastamento físico dos cônjuges, porque a comunhão plena de vida tem sentido jurídico muito além da mera permanência física sob o mesmo teto.

¹⁸⁰ CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil: Direito de Família*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1993, v. 5, t. 2p. 131-132.

¹⁸¹ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 303.

Conclui-se que, estabelecida a separação de fato, verificadas a ausência de coabitação e a intenção de manter as vidas separadas, por pelo menos um dos cônjuges, bem como a continuidade desta situação por tempo prolongado, entende-se extinta a comunhão plena de vida.

Sobre os efeitos patrimoniais da separação de fato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça modificou entendimento do Supremo Tribunal Federal, que em 1982, havia decidido que “no regime de comunhão universal de bens, ainda que sobrevenha separação de fato do casal, como na espécie, os bens adquiridos após essa separação, ainda que com produto do trabalho do marido, são bens da comunhão até a dissolução do casamento”¹⁸².

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que são incomunicáveis os bens, móveis e imóveis, adquiridos por um dos cônjuges, mediante seu esforço isolado, sem a utilização de bens ou recursos comuns, e durante a separação de fato:

Ocorre que a jurisprudência, em caso como o dos autos, reconhece que a mulher separada de fato do marido há mais de trinta anos, com quem conviveu durante meses, não tem direito sobre o que o marido adquiriu durante a longa separação, a que o tempo se encarregou de atribuir efeitos definitivos e consolidados, inclusive de natureza jurídica. O em. Prof. Yussef Said Cahali, no seu excelente trabalho sobre *Divórcio e Separação* (2. ed., p. 873) analisa e comenta a orientação que se formou a respeito do ponto, concluindo: ‘O regime de bens é imutável sim. Mas se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao Direito e à Moral reconhecer comunhão apenas de bens e atribuir a metade desse ao outro cônjuge’¹⁸³.

¹⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Relator Ministro Rafael Mayer, Recurso Extraordinário nº 95258/MG, j. 26.10.1982. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 06.07.2011.

¹⁸³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Recurso Especial nº 60.820/RJ, j. 21.06.1995. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 09.07.2011.

Mais tarde, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que os bens adquiridos por apenas um dos cônjuges, após a separação de fato, não integram a partilha¹⁸⁴.

Mas o Superior Tribunal de Justiça também estendeu os efeitos da separação de fato para as transmissões patrimoniais *mortis causa*:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. INCLUSÃO DA ESPOSA DE HERDEIRO, NOS AUTOS DE INVENTÁRIO, NA DEFESA DE SUA MEAÇÃO. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Em regra, o recurso especial originário de decisão interlocutória proferida em inventário não pode ficar retido nos autos, uma vez que o procedimento se encerra sem que haja, propriamente, decisão final de mérito, o que impossibilitaria a reiteração futura das razões recursais. 2. Não faz jus à meação dos bens havidos pelo marido na qualidade de herdeiro do irmão, o cônjuge que se encontrava separado de fato quando transmitida a herança. 3. Tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge. 4. A preservação do condomínio patrimonial entre cônjuges após a separação de fato é incompatível com orientação do novo Código Civil, que reconhece a união estável estabelecida nesse período, regulada pelo regime da comunhão parcial de bens (CC 1.725). 5. Assim, em regime de comunhão universal, a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum, respeitado o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal. 6. Recurso especial provido¹⁸⁵.

¹⁸⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Recurso Especial nº 40.785/RJ, j. 19.11.1999. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 09.07.2011; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relator Min. Nilson Naves, Recurso Especial nº 67678/RS, j. 19.11.1999. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 09.07.2011; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Recurso Especial nº 140694/DF, j. 13.10.1997. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 09.07.2011.

¹⁸⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 555771/SP, j. 05.05.2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 06.07.2012.

De outro lado, não há definição de um prazo ou lapso de tempo mínimo para que a separação de fato produza tal efeito, limitando-se o STJ a determinar que “a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum, respeitado o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal”.¹⁸⁶

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também acolheu entendimento de ser inadmissível reconhecer a comunhão de bens recebidos por um dos cônjuges separados a título de sucessão *mortis causa*¹⁸⁷.

¹⁸⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 555771/SP, j. 05.05.2009. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 10.07.2009.

¹⁸⁷ EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ERRO MATERIAL MANIFESTO. EMBARGOS ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CONHECIDA. INVENTÁRIO. HABILITAÇÃO DE CÔNJUGE DE HERDEIRA. CASAMENTO SOB O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL. SEPARAÇÃO DE FATO. TÉRMINO DO REGIME MATRIMONIAL.- Os embargos declaratórios com caráter infringente se verificam no caso de correção de erro material manifesto, suprimento de omissão e extirpação de contradição da decisão embargada.II - Havendo erro material manifesto no julgado, há que se acolher os embargos declaratórios, atribuindo-lhes efeitos infringentes.III - "Os EDcl podem ter caráter infringente quando, por exemplo, forem deduzidos para corrigir declaração manifestamente errônea de intempestividade de apelação (RJTJSP 50/258) ou de intempestividade do preparo da apelação (2º TACivSP - BoLAASP 1759/5, supl.)." (NERY JUNIOR. Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade. Código de processo Civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 908).IV - Com a separação de fato ocorre o término dos deveres conjugais e do regime matrimonial de bens, sendo, portanto, inadmissível reconhecer a comunhão de bens recebidos por um dos cônjuges separados a título de sucessão *mortis causa*. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Sétima Câmara Cível, Relator Des. Leite Praça, Embargos de Declaração nº 1.0707.09.182051-4/003, j. 28/06/2011. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. INTERVENÇÃO DA ESPOSA DE HERDEIRO NA QUALIDADE DE ASSISTENTE. DEFESA DA MEAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SEPARAÇÃO DE FATO À DATA DA ABERTURA DA SUCESSÃO. INCOMUNICABILIDADE DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS O AFASTAMENTO DOS CÔNJUGES. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - A intervenção voluntária de terceiro, na modalidade assistência, é possível quando houver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes (assistência simples) ou quando defender direito próprio, hipótese em que irá figurar na ação como litisconsorte facultativo (assistência litisconsorcial). II - A esposa do herdeiro, que à época da abertura da sucessão estava separada de fato do marido, não faz jus à meação do quinhão hereditário, pois a comunicação dos bens cessa com a ruptura da vida em comum, não havendo, portanto, como ser admitida como assistente litisconsorcial nos autos da ação de inventário por inexistir direito próprio a ser defendido na ação. III - Não sendo possível aferir se a quota parte do herdeiro/inventariante foi destinada aos filhos do casal quando do acordo nos autos da partilha, fato que poderia, em tese, demonstrar o interesse jurídico da representante legal dos menores em intervir no inventário como assistente simples, não se conhece da pretensão. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Oitava Câmara Cível, Relator Des. Bitencourt Marcondes, Agravo de Instrumento nº 1.0024.03.927295-0/001, j. 09/12/2010. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

Além disso, a jurisprudência mineira tem se orientado no sentido de que a separação por tempo prolongado retira ao cônjuge o direito sucessório referente à herança adquirida nesse período e, para que se tenha como prolongada a separação, deve-se adotar o período de dois anos previsto no art. 1830 do Código Civil¹⁸⁸.

No entanto, a fim de apurar o tempo de separação de fato pela ruptura do relacionamento conjugal, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais firmou entendimento no sentido de que a aferição de tais aspectos fáticos refoge aos estreitos limites do inventário e demanda solução em via processual própria, na qual possível o amplo conhecimento, assegurados o contraditório e a ampla defesa, cuidando-se de questões que devem ser objeto

Apelação Cível - Direito de Família - Divórcio - Sucessão - Comunhão Universal de Bens - Herança - Meação - Impossibilidade - Sucessão aberta após a Separação de Fato - Pensão Alimentícia - Postulação pelo Cônjuge Varão - Possibilidade - Mútua Assistência - Princípio da Solidariedade - Ausência de prova da necessidade e da Possibilidade. Se, ao tempo da abertura da sucessão, o casal já estiver separado de fato, a herança recebida por um deles não se comunica, ainda que o regime seja o da comunhão parcial de bens. É cabível o pagamento de alimentos entre marido e mulher em virtude do dever de mútua assistência, bem como do Princípio da Solidariedade, balizador da obrigação alimentar entre os cônjuges. Nos termos do §1º do art. 1.694 do Código Civil, os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Não se afigura razoável que, após longo período de separação de fato, venha o ex marido, sob o argumento de que não pode sobreviver às próprias custas, pleitear pagamento de pensão alimentícia à ex mulher, mormente, se não demonstrou, de forma contundente, a sua necessidade de receber tal verba, bem como a possibilidade dela de suportá-la. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Quarta Câmara Cível, Relator Des. Dárcio Lopardi Mendes, Apelação Cível nº 1.0701.09.266467-4/001, j. 11/11/2010. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

¹⁸⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO. ROL DE HERDEIROS. EXCLUSÃO DOS COLATERAIS E ATRIBUIÇÃO DA TOTALIDADE DA HERANÇA AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. SUBSTITUIÇÃO DO INVENTARIANTE. INDÍCIOS DE SEPARAÇÃO DE FATO HÁ MAIS DE DOIS ANOS QUANDO ABERTA A SUCESSÃO. QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO. REMESSA ÀS VIAS ORDINÁRIAS. SOLUÇÃO IMPRESCINDÍVEL PARA O PROSSEGUIMENTO DO INVENTÁRIO. RISCO DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. SUSPENSÃO DO FEITO. I - Conquanto julgada improcedente ação anulatória de casamento, não se pode atribuir, de pronto, ao cônjuge supérstite, a totalidade da herança, excluindo-se os colaterais do rol de herdeiros, quando há indícios de que se encontrava separado de fato da 'de cujus' há mais de dois anos quando da abertura de sucessão. II - A aferição do lapso bienal de separação à época da morte da inventariada, que afastaria o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, refoge aos estreitos limites do inventário e demanda solução em via processual própria, na qual possível o amplo conhecimento, assegurados o contraditório e a ampla defesa. III - Diante do risco de adjudicação dos bens inventariados pelo cônjuge supérstite, enquanto não resolvida questão fática prejudicial que implicaria na modificação do rol de herdeiros, impõe-se a suspensão do inventário até solução da 'quaestio' remetida às ordinárias. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Oitava Câmara Cível, Relator Des. Fernando Botelho, Agravo de Instrumento nº 1.0480.03.040304-6/001, j. 27/05/2010. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

de ação declaratória, nas vias ordinárias, conforme determina o art. 984 do CPC¹⁸⁹.

3.3 A culpa na sucessão

Pelas *Ordenações Filipinas*, de 1603, o cônjuge sobrevivente herdava, se, ao verificar-se o óbito do inventariado, a mulher “estava e vivia juntamente com o marido em casa, teúda e manteúda”¹⁹⁰.

Bastava o rompimento da vida conjugal para não se verificar o direito recíproco de suceder. Contudo, opinavam alguns autores (Trigo de Loureiro, Portugal, Barbosa e outros) incumbir ao sobrevivente demonstrar, além da separação de fato, que o falecido dera causa ao dissídio¹⁹¹.

Nas *Ordenações*, a posição do cônjuge sobrevivente era extremamente desvantajosa. Falecendo alguém *ab intestato*, o cônjuge supérstite, que com o *de cuius* convivia, seria seu herdeiro universal, apenas se o *de cuius* não tivesse parente até o décimo grau.

Segundo Hermenegildo de Barros,

nada justificava tão desfavorável situação, preferível, pois, à afecção presumida, é, sem dúvida, a afecção real entre os cônjuges, determinada pelo facto mesmo do casamento, que é a base da família, onde o coração humano vae buscar descanso e tranquillidade, a *conjunctio maris et feminae, consortium omnis*

¹⁸⁹ DIREITO CIVIL - SUCESSÃO - ARROLAMENTO - CÔNJUGE SOBREVIVENTE - SEPARAÇÃO DE FATO - AUSÊNCIA DE PROVA - DECISÃO MANTIDA. No juízo do inventário não pode ser decidida questão de fato não provada por documento, como a alegada separação de fato do meeiro e da falecida, há mais de dois anos. Tal questão deve ser objeto de ação declaratória, nas vias ordinárias, conforme determina o art. 984 do CPC. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Sexta Câmara Cível, Relator Des. Maurício de Barros, Agravo de Instrumento nº1.0188.06.050679-0/001, j. 06/07/2007. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

¹⁹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 182.

¹⁹¹ *Idem, ibidem*.

vitae, divini ac humani juris communicatio, na bella definição do jurisconsulto Modestino¹⁹².

As Ordenações Filipinas estiveram em vigor até o advento da Lei n° 1.839, de 31 de dezembro de 1907 (*Lei Feliciano Pena*). Mais tarde, a redação do art. 1.611 do Código Civil de 1916 seguiu a regra da *Lei Feliciano Pena*, que previa, na falta de descendentes e ascendentes, deferir-se a sucessão *ab intestato* ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados, desconsiderando a separação de fato como causa de perda do direito sucessório.

Na dicção do Código Civil revogado, só o desquite decretado, com sentença transitada em julgado, acarretava a incapacidade sucessória.

O legislador do Código Civil de 1916, portanto, adotou critério objetivo, considerando indispensável, para afastar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, a sentença de desquite transitada em julgado (art. 1.611).

O Código Civil vigente elevou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, concorrendo com descendentes e ascendentes, atribuindo-lhe, pois, maiores e melhores direitos, em comparação com o sistema revogado.

No entanto, a capacidade sucessória do cônjuge supérstite vincula-se à existência da comunhão de vida, de modo que herdará, salvo se separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos, exigindo-se no último caso, prova de que a convivência não se tornara impossível por culpa do sobrevivente (art. 1.830).

Não basta a qualidade de cônjuge para que seja pleiteado o reconhecimento de direito sucessório. O rompimento, em vida, da constância da sociedade conjugal, elide a possibilidade de suceder, porque a qualidade de sucessor baseia-se na sadia convivência, no esforço comum e na dedicação recíproca.

¹⁹² BARROS, Hermenegildo de. *Manual do Código Civil Brasileiro: Do direito das sucessões (Da sucessão em geral e da sucessão legítima)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, v. 18, p. 525.

Assim, não há como falar em direito sucessório em favor do cônjuge sobrevivente quando, ao tempo da abertura da sucessão, estava separado de fato do consorte há mais de dois anos, salvo se demonstrado que o rompimento fático da relação matrimonial não foi motivado por culpa sua, nos termos consignados no art. 1.830 do Código Civil¹⁹³.

Afora as dificuldades em provar a culpa de quem já morreu e, por vezes, há muitos anos, a regra do art. 1.830, segundo Maria Berenice Dias, dispõe de nítido caráter punitivo:

Ainda insiste o legislador em manter o casamento eterno até a morte. Além de estender os seus efeitos depois do fim da vida em comum, persegue o culpado pela separação, ainda que o casamento tenha se dissolvido pela morte de um dos cônjuges. Vindo um a falecer depois de cessada a convivência há mais de dois anos, a lei autoriza o cônjuge sobrevivente a acionar o Judiciário para discutir a culpa do falecido. Reconhecido que o sobrevivente não foi o responsável pelo fim da vida em comum, seu direito sucessório persiste. (...) A tentativa de identificar um culpado, ainda que ele já esteja morto, dispõe de nítido caráter punitivo. A causa de pedir da demanda é ou a inocência do sobrevivente, ou a culpa do finado.¹⁹⁴

Ademais, conforme indaga Maria Helena Diniz, "como perquirir a causa daquela separação, provando a inocência do viúvo, se o autor da herança não mais está presente para defender-se das acusações que lhe são feitas?"¹⁹⁵.

A colisão com várias regras e jurisprudência do Direito de Família é evidente: o art. 1.723, §1º, do Código Civil, prevê a possibilidade de se configurar união estável envolvendo pessoa casada, desde que separada de fato, sem indicação do prazo mínimo dessa ruptura da vida em comum - o que

¹⁹³ DIREITO DAS SUCESSÕES - APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA - SUCESSÃO DO CÔNJUGE - CÓDIGO CIVIL, ART. 1.830 - SEPARAÇÃO DE FATO - ABANDONO DO LAR - OCORRÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. Segundo o artigo 1.830 do Código Civil, somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Quarta Câmara Cível, Relator Des. Moreira Diniz, Apelação Cível nº 1.0479.05.094351-9/001, j. 05/02/2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 20.08.2012).

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: RT, 2008, p. 55-56.

¹⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 22ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 117.

encontra amparo em ampla e antiga jurisprudência, que admite caracterizado perdão tácito nas hipóteses de violação a certos deveres do casamento, quando houver separação de fato entre os cônjuges¹⁹⁶.

Isso sem contar a afronta aos Direitos da Personalidade, na medida em que são "remunerados", com herança, os legitimados à defesa *post mortem* de tais direitos do falecido, para perquirirem sua culpa.

Isso no âmbito da sucessão legítima.

Quanto à sucessão testamentária, como se viu no item 2, *retro*, enquanto o Código Civil de 1916 excluía, incondicionalmente, o direito sucessório dos concubinos (art. 1.719, III), o Código Civil de 2002 dispõe que eles não podem ser nomeados herdeiros nem legatários, salvo se o testador casado, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos (art. 1.801).

Nesse caso, incumbe ao concubino, para herdar, a demonstração da inocência do morto, aviltando o cônjuge sobrevivente. Em outras palavras, a amante ou o amante herda se comprovar a culpa da viúva ou do viúvo pelo rompimento da vida conjugal.

Além disso, o reconhecimento da união estável entre pessoas casadas, desde separadas de fato, aumenta a complexidade das situações sucessórias controvertidas (art. 1723, §1º c/c art. 1790, Código Civil).

De acordo com Diogo Leite de Campos, “a exemplo do que acontece com a capacidade negocial, também a capacidade sucessória é a regra, e a incapacidade e exceção”, sendo inviável a criação, pelo intérprete, de outras hipóteses, porque tais regras são restritivas de direitos¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Revista dos Tribunais, v. 620, p. 74 e v. 633, p. 148.

¹⁹⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito de Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 515.

Mas também na sucessão testamentária o legislador introduziu no Código Civil de 2002 (art. 1.801, III) o critério subjetivo da inculpação, prevendo a impossibilidade de o concubino do testador casado ser nomeado herdeiro ou legatário, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos.

A inculpação *post mortem* pode levar a situações fáticas esdrúxulas, que induzam o cônjuge sobrevivente a enxovalhar a memória do morto ou o amante a defendê-la, em ambos os casos sendo a motivação claramente econômica.

Em suma, a imputação de culpa ao morto é ofensiva à sua memória e os herdeiros que deveriam defendê-la têm interesse econômico em enodoá-la.

Como esclarece Diogo Leite de Campos os parentes e herdeiros do falecido não defendem um interesse próprio, exercem tais direitos no interesse e em nome do falecido, “assim, a personalidade jurídica prolonga-se, é *empurrada* para depois da morte”, mas, no problema apresentado, os sucessores são estimulados a não defender a memória do morto e sim a atacá-la¹⁹⁸.

A possível da perquirição de culpa do falecido está em claro confronto com o sistema do Direito de Família, especialmente depois da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, mas também colide com o sistema dos Direitos da Personalidade, tendo em vista as suas projeções *post mortem*, o que será analisado no próximo capítulo.

¹⁹⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. 2ª ed., Coimbra: G. C. Gráfica de Coimbra, Lda., 1992, p. 44-45.

TÍTULO III - DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUA PROTEÇÃO *POST MORTEM*

Ultrapassada a concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, com a tutela da pessoa humana nas faculdades inseparáveis de sua natureza, reconhece-se a relevância jurídica dos direitos subjetivos existenciais.

Uma vez considerada a personalidade humana como um interesse a ser juridicamente protegido, a responsabilidade civil a abrange, pois, no princípio geral de tutela da pessoa entram todos os comportamentos e os interesses subjetivos mediante os quais ela se realiza.

O direito brasileiro positivou, na Parte Geral do Código Civil, os chamados *direitos da personalidade*, incluindo sua proteção *post mortem*. O objetivo a ser alcançado no presente capítulo é, após breve análise da proteção jurídica da personalidade e de sua caracterização - sem pretender esgotar o tema - identificar suas projeções após a morte e a titularidade para a proteção dos bens da personalidade do falecido, que continuam a influir no curso social.

Também são examinados tais aspectos nas relações familiares, a fim de permitir a confrontação entre a necessidade de se perquirir culpa nas relações sucessórias, como requisito para a obtenção da herança, e as eventuais ofensas a bens da personalidade do *de cujus*.

1 Proteção jurídica da personalidade humana

A proteção da personalidade, consoante a doutrina de Charles Taylor, dá-se a partir de três elementos ou eixos fundamentais: dignidade, autonomia e alteridade. A proteção da personalidade teria como elementos cruciais o respeito pela autonomia e a busca da dignidade, que se implementam na alteridade¹⁹⁹.

Apesar da *hipertrofia* do princípio da dignidade da pessoa humana²⁰⁰, diante da sua amplitude e polissemia, não se pode ignorar que, atualmente, a axiologia constitucional é norteadada pelo princípio da *dignidade da pessoa humana*, como *eixo-central* do sistema, servindo de base hermenêutica para todo o sistema jurídico, inclusive de direito privado, que não podem estar em conflito com direitos fundamentais, mas, antes, ser voltados para conferir-lhes efetividade²⁰¹.

Desde a doutrina cristã, expoentes como São Tomás de Aquino desenvolveram a ideia de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, tornando inviável que se lhe retirasse a qualidade de pessoa. A concepção tomista enfatiza a pessoa como *impressão da ciência de Deus*, com inerente dignidade em sua alma²⁰².

Lado outro, a visão de Kant, embora absorvendo a teoria cristã que confere a cada pessoa um valor primordial, independentemente de seus próprios méritos ou posição social, afirma a noção do homem como um fim em si mesmo e dotado de *autonomia* (a liberdade de dar-se leis e agir de acordo com elas) – nisso está o ponto central da dignidade humana:

¹⁹⁹ TAYLOR, Charles. *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, *Introduction*.

²⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, p. 246-247.

²⁰¹ HOTTOIS, Gilbert. *Dignité et diversité des hommes*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2009, p. 16-17.

²⁰² ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da Pessoa Humana e Boa-Fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

No reino dos fins tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade²⁰³.

O personalismo ético de Kant põe em destaque o *homem universal*, atribuindo-lhe, por ser ele *pessoa* em sentido ético, uma dignidade própria. Toda pessoa tem, em relação às demais, direito a ser respeitado e o dever de respeitá-las.

Apesar da consistência e da aceitação do pensamento kantiano, a Segunda Guerra Mundial e o Estado nazista, com os horrores do genocídio, levaram a extremos o desrespeito ao ser humano.

Por isso, a dignidade da pessoa humana surge como um postulado ético, voltado para a proteção e preservação do ser humano. Isso porque o total desrespeito pela vida e pela liberdade, que predominava nos regimes europeus totalitários, despertou os povos, depois de duas guerras mundiais, para a necessidade de proteger, sob todos os aspectos, os valores da personalidade e a importância da pessoa como ser humano.

Na contemporaneidade, após as duas Grandes Guerras, o conceito de “pessoa humana” liga-se à noção de dignidade. A partir desta decorrem todos os atributos do ser humano. Segundo Ingo Wolfgang Salert

a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou

²⁰³KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 234.

retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente²⁰⁴.

Assim, as constituições do pós-guerra deram prevalência à tutela especial do indivíduo como pessoa, à proteção de sua personalidade e à garantia da salvaguarda da dignidade do ser humano.

Nesse sentido, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, estabeleceu, em seu art. 1º, §º, que “a dignidade do homem é intangível”, sendo dever de todos os poderes estatais preservá-la e protegê-la. As constituições portuguesa (art. 1º), espanhola (art. 10º) e italiana (art. 3º) também consagraram a dignidade da pessoa humana. No Brasil, a Constituição de 1988, art. 1º, III, assenta a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

De acordo com Rosenthal,

dignidade da pessoa humana, nessa ordem de idéias, expressa uma gama de valores humanizadores e civilizatórios incorporados ao sistema jurídico brasileiro, com reflexos multidisciplinares. É preciso, pois, *efetivar* no caso concreto, no cotidiano jurídico, a afirmação da dignidade humana, como postulado básico da ordem jurídica. Equivale a dizer: impende exigir, contemporaneamente, que a legalidade constitucional permeie todo o tecido normativo do Código Civil. Ou seja, é preciso funcionalizar os institutos privados aos valores constitucionais²⁰⁵.

O substrato material da dignidade, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, pode ser desdobrado em quatro postulados:

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado²⁰⁶.

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 41-42.

²⁰⁵ ROSENVALD, Nelson, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 94-95.

²⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

As pessoas são consideradas racionais, livres e munidas da capacidade de interagir com outros. A pessoa humana, dotada de liberdade, deve buscar construir, para si mesma, suas normas, de acordo com sua concepção de bem e justo. Em consequência, o primeiro eixo de proteção da personalidade é o respeito pela autonomia privada, "que não pode ser entendida simplesmente como livre arbítrio nos limites da segurança jurídica; é também uma proteção para a liberdade ética individual no cumprimento de um projeto próprio de realização existencial"²⁰⁷.

Antônio Junqueira de Azevedo destaca a insuficiência da ideia de dignidade como autonomia, porque a pessoa humana, na verdade, caracteriza-se por sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, por sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto²⁰⁸.

A dignidade da pessoa e suas conseqüentes liberdade e autonomia "só se podem articular coerentemente com a responsabilidade da pessoa pelas suas acções"²⁰⁹, pois conforme Pedro Pais de Vasconcelos:

A liberdade sem responsabilidade constitui arbítrio, e o arbítrio é incompatível com a dignidade. A responsabilidade sem liberdade constitui sujeição ou servidão, o que é, pois, inseparável da responsabilidade. Não há liberdade sem responsabilidade, assim como não pode haver, em princípio, responsabilidade sem liberdade²¹⁰.

A imagem do homem digno está intrinsecamente ligada à alteridade, sem deixar de considerar a individualidade como valor em si, de modo a permitir o livre desenvolvimento da personalidade. O reconhecimento e a afirmação do outro (alteridade) são fundamentais, pois a personalidade e a pessoa só ganham sentido perante o outro, também servindo para evitar que a concepção de dignidade seja interpretada no âmbito do individualismo

²⁰⁷ GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 221.

²⁰⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 14.

²⁰⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p.

16.

²¹⁰ *Idem, ibidem*.

egoístico. Reconhece-se a dignidade não só de cada ser humano, mas à humanidade como um todo.

Apesar de a dignidade ser, segundo Elimar Szaniawski, o “elemento indicador da localização do ser humano no Universo”²¹¹, dela emergem outras duas características determinantes do homem contemporâneo: *autonomia* e *alteridade*. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo

de um lado, há a concepção insular, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, como autoconsciência, segundo outros (...), a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade (...) ou na autoconsciência, (...), e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor (...). A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência²¹².

A lógica da autonomia é a da solidariedade, uma vez os direitos só podem ser exercidos em contextos sociais, “nos quais se dão as relações entre as pessoas, seres humanos fundamentalmente organizados para viverem uns em meio aos outros”²¹³.

De acordo com Miracy Gustin

Uma pessoa só é autônoma em relação ao outro justamente quando, por meio de formas discursivas, for capaz de justificar suas escolhas e decisões perante o outro. Isso porque os indivíduos não nascem autônomos. É no desenvolvimento psicossocial e através da comunicação de valores e regras que se torna viável a uma pessoa o desenvolvimento da autonomia crítica.

²¹¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 114.

²¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, p. 3-24, jan-mar de 2002.

²¹³ ELIAS, Norbert. *Norbert Elias por ele mesmo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2001, p. 97-99.

Ser autônomo é *saber* que se está agindo com um caráter autônomo em relação aos valores e regras do *outro*. Nesse sentido, entende-se que a autonomia é uma necessidade humana que se desenvolve de forma dialógica²¹⁴.

Os direitos do homem constituem uma fonte de preocupação constante da comunidade internacional, desde a segunda metade do século XX. Para assegurar a implementação dos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Europa tentou, em um plano regional, criar uma harmonização de valores essenciais da civilização, com base no respeito aos Estados e às especificidades nacionais. Reuniram-se vários países democráticos no Conselho da Europa buscando, de plano, evitar a repetição das atrocidades ocorridas sob o totalitarismo nazista.

Entretanto, há limites à proteção desses direitos. De um lado, os textos das declarações de direitos não são revestidos de força coercitiva, embora reflitam a vontade dos Estados de se engajar, de modo que ratificaram e aderiram à Convenção Européia de Direitos Humanos (Conv.EDH). Mas, de outro lado, para que sejam respeitados de modo efetivo os direitos mais elementares de todo ser humano, foi necessário que o Conselho da Europa os proclamasse e assegurasse a existência de sanções efetivas e não somente teóricas.

A Convenção Européia de salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais teve o objetivo de ser um instrumento de defesa e promoção dos direitos e liberdades que atendesse a essas preocupações. Aberta para assinaturas em Roma, em 1950, a Conv.EDH entrou em vigor em 1953, regulando: direito à vida; à liberdade e à segurança, vedando a prisão por dívida; direito a uma boa administração da justiça (a mais freqüentemente invocada perante os órgãos da Convenção); direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência; liberdade de pensamento, de consciência e de religião; liberdade de expressão e de opinião; liberdade de

²¹⁴ GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 221.

reunião e de associação (inclusive de fundar sindicatos); direito de contrair casamento e de constituir família; direito de propriedade; direito a instrução.²¹⁵

Assim, a Conv.EDH trata, quase exclusivamente, de direitos civis e políticos, deixando a um Tratado distinto, a Carta Social Européia (assinada em Turim, em 1961, que entrou em vigor no ano de 1965), a proteção dos direitos econômicos e sociais.

Do ponto de vista institucional, tratava-se de instituir um sistema eficiente, insinuando um controle da reivindicação internacional, não apenas para os Estados, mas também para órgãos independentes dos governos.

Esta primazia da pessoa humana que, no Brasil, encontra-se prevista no art. 1º, III, da Constituição da República, deve repercutir sobre todo o sistema, norteando, inclusive a proteção aos direitos fundamentais.

Dentre os baluartes do Direito ocidental contemporâneo estão os chamados direitos fundamentais. Segundo Robert Alexy, um direito é tido como fundamental quando apresenta dois fatores: fundamentalidade formal e fundamentalidade substancial. A fundamentalidade formal de uma norma “decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”. Já a fundamentalidade substancial implica no fato de, a partir de uma norma, serem “tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”²¹⁶.

Em outros termos, direitos fundamentais são aqueles que, para uma determinada sociedade, configuram como valores basilares que regem tanto a dinâmica do Estado como a dinâmica da sociedade, ocupando o ápice na hierarquia das normas que compõem um ordenamento jurídico.

Na modernidade alguns valores políticos, individuais, sociais e difusos foram elevados à categoria de direitos fundamentais, se dividindo em três

²¹⁵ VASSEUR-LAMBRY, Fanny. *La famille et la Convention Européenne des droits de l'homme*. Paris: L'Harmattan, 2000, p. 8-16.

²¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520

grupos: de primeira dimensão, de segunda dimensão e de terceira dimensão, respectivamente.

Quanto aos de primeira dimensão, podem ser definidos como direitos políticos e individuais, acerca dos quais Elimar Szaniawski assevera que “têm por escopo tutelar a pessoa humana, individualmente, de toda série de ataques contra a mesma desfechados”.

Mas, segundo Oliveira Ascensão, "uma coisa é reconhecer o primado da pessoa humana, outra estabelecer o elenco dos direitos da personalidade"²¹⁷, cuja distinção, em síntese, seria que

Os direitos da personalidade são aqueles direitos que exigem em absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afectar a própria personalidade humana.

O acento dos direitos fundamentais é diferente. Não só não respeitam exclusivamente às pessoas físicas como a sua preocupação básica é a da estruturação constitucional. Demarcam muito em particular a situação dos cidadãos perante o Estado. É assim a categoria cidadão (ou se quisermos a do súbdito, para falar com maior amplitude) que está primacialmente em causa.

Sendo esta preocupação assim diversa, resulta que há muitos direitos fundamentais que não são direitos da personalidade. É óbvio. Não são direitos fundamentais a garantia do júri, a definição como crime inafiançável e imprescritível a acção de grupos armados, a gratuidade da certidão de óbito... A preocupação que traduzem é muito diferente.

Inversamente, também haverá muitos direitos de personalidade que não são direitos fundamentais. São as manifestações da personalidade que estão fora do núcleo que levou a Constituição a delimitar os direitos fundamentais²¹⁸.

Fábio Maria de Mattia distingue os direitos da personalidade dos direitos humanos, sob a consideração de que

²¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. p. 12-13. Acesso em: 18.08.2012. Disponível em:

<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>

²¹⁸ *Idem, ibidem.*

quando se fala dos direitos humanos referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao Direito Público, quando desejamos protegê-lo contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do Direito Privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas²¹⁹.

Especificamente quanto aos direitos de personalidade, Elimar Szaniawski afirma que “consistem na proteção dos atributos da personalidade humana”²²⁰.

Direitos da personalidade, na dicção de Rubens Limongi França, são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim, suas emanações e prolongamentos”²²¹.

Considera-se, atualmente, que o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apóiam no direito positivo.

Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito subjetivo, diferentemente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos de personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos de personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano.

Os direitos da personalidade encontram fundamento na cláusula geral da dignidade da pessoa humana e como espécies desses direitos devem ser considerados todos aqueles sem os quais a dignidade humana fique ferida.

²¹⁹ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade: aspectos gerais. In: *Estudos de Direito Civil*. (Coord. Antônio Chaves). São Paulo: RT, 1979, p. 103.

²²⁰ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 19.

²²¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 403.

É de se concluir que os direitos da personalidade englobam e protegem todos os atributos da pessoa humana, que, enquanto objetos de proteção jurídica, são bens.

A pessoa tomou do centro do direito contemporâneo, na expressão de René Savatier: *l'avènement de la personne au centre du droit contemporain*²²².

Com o despertar da ciência jurídica para os direitos existenciais, surgiu o reconhecimento da necessidade de tutela de tais direitos, atinentes à pessoa humana, por meio da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais²²³.

Direitos da personalidade são aqueles "que têm por objeto os elementos constitutivos da personalidade do sujeito posta sob seus múltiplos aspectos, físico e moral, individual e social"²²⁴.

Como esclarece Pedro Pais de Vasconcelos, a autonomia privada, no exercício do direito de personalidade tem dois aspectos principais: "a da iniciativa na defesa da personalidade e a da autovinculação à sua limitação ou compressão"²²⁵, e, sobre a proteção a tais direitos, assevera que

Na tutela subjectiva da personalidade, não se trata já de um dever geral de respeito, mas antes de um direito pessoal, de um direito subjectivo de defender a dignidade própria, de exigir o seu respeito e de lançar mão dos meios juridicamente lícitos que sejam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa tenha êxito. Estes meios traduzem-se em poderes jurídicos que existem na titularidade de cada indivíduo, que são inerentes à sua qualidade humana e cujo exercício é livre e depende da autonomia de cada um²²⁶.

No Brasil, o art. 159 do Código Civil de 1916, por seu texto e por sua posição na estrutura codificada, adotava uma lógica de ilicitude civil a partir da

²²² SAVATIER, René. *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil Aujourd'hui*. Paris: Dalloz, 1959, p. 5.

²²³ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1-10; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23-54.

²²⁴ DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 2008, p. 169.

²²⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p.153.

²²⁶ *Idem*, p. 53.

mais evidente *conseqüência patrimonial*, qual seja, o nascimento do dever de indenizar²²⁷.

A ilicitude era reduzida à sua acepção mais subjetiva, que dava ensejo a uma única consequência - a indenização - caso da violação resultasse dano patrimonial. Culpa, ilicitude e dano eram intrinsecamente ligados, sem haver um tratamento específico ou diferenciado.

A culpa, por alguns confundida com o ilícito, passou a ser vista como *elemento* do ilícito²²⁸. Contudo, em um sentido amplo, "a antijuridicidade compreende tudo aquilo que *não deve ser*, abrangendo qualquer situação em que haja uma reacção desfavorável da ordem jurídica"²²⁹.

Entretanto, segundo Wilson de Melo da Silva, Planiol, em 1905, fez "da culpa não, restritamente, apenas a violação da norma de deveres ou conteúdos determinados, mas *le manquement à une obligation preexistente*, distinguindo várias espécies de faltas: falta contra a legalidade; falta contra os bons costumes e falta contra a diligência"²³⁰. Em síntese, de acordo com José de Aguiar Dias, a culpa representava, "em relação ao domínio em que é considerada, situação contrária ao *estado de graça*, que, na linguagem teológica, se atribui à alma isenta de pecado"²³¹.

Mas a culpa, sempre de difícil demonstração, hoje vem sendo descartada, tendo perdido o *status* de grande estrela da responsabilidade civil, tornando-se "cada vez mais coadjuvante, sendo presumida ou aferida de modo facilitado"²³².

²²⁷ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

²²⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1963, p. 59-60.

²²⁹ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 62.

²³⁰ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1974, p. 81.

²³¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. (atual. Rui Berford Dias). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 134.

²³² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 5.

Lado outro, ao se tomar o dano como pressuposto do ilícito, não se reconhecia a existência de ilícitos a serem combatidos por outras formas de tutela que não a ressarcitória, tais como as específicas de remoção do ilícito. A identificação entre ilícito e dano, explica Marinoni, deixava no escuro outras possíveis formas de sanção civil do ilícito²³³. Tal ocorria porque

não apenas a doutrina tradicional e majoritária confundia a ilicitude com o elemento subjetivo (culpa), quanto a própria ideia de ilicitude restava *limitada* às hipóteses de "ilicitude de fins", seja na violação aos direitos do parceiro contratual, seja na violação a direitos absolutos, pouco espaço restando para a chamada "ilicitude no modo do exercício", razão pela qual a doutrina buscou *discernir* entre ilicitude e abuso.²³⁴

A plena compatibilização do dano extrapatrimonial (dano moral) só foi admitida com caráter geral, após a Constituição de 1988, pois a dignidade da pessoa humana abrange os aspectos mais diversos da pessoa humana que "vêm se enriquecendo, articulando e diferenciando sempre mais"²³⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana permitiu, segundo Judith Martins-Costa, a redefinição do conceito de pessoa no âmbito do direito civil, fenômeno decorrente da incidência ampla dos princípios constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, porque

estando estes princípios e garantias expressos em cláusulas gerais, permite-se o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses mediante o emprego de um raciocínio tópico, podendo-se falar na elaboração de um direito geral da personalidade que não se esgota no reconhecimento dos tradicionais atributos, como a honra, o nome, a imagem, a intimidade e a vida privada, mas tem alargada possibilidade de expansão²³⁶.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica - arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 27.

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Questões Controvertidas: Parte Geral do Código Civil*. (Coord. Mário Luiz Delgado, Jônes Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2007, v. 6, p. 516-517 (505-544).

²³⁵ TOMASINI, Raffaele. *Soggetti e area del danno risarcibile: l'evoluzione del sistema*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001, p. 4.

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, v. 789, jul. 2001, p. 21-47.

Ultrapassar o dogma segundo o qual tudo pode ser compensado pela pecúnia levaria à percepção de que, muitas vezes, é mais relevante prevenir ou eliminar o ilícito do que reparar o dano, permitindo-se a tutela processual relativa aos atos contrários ao direito e não necessariamente aos atos danosos²³⁷.

Na lição de Pessoa Jorge, "tratando-se de responsabilidade meramente civil, parece que, à face da nossa lei, a função primária é reparadora"²³⁸.

A estrutura hoje civilmente codificada revela a autonomia do dever de indenizar, o que permitiu a reconstrução do conceito de ilicitude. Verifica-se que a redação do art. 186 do Código de 2002²³⁹ não reproduziu a parte final do art. 159 do Código de 1916²⁴⁰ ("fica obrigado a reparar o dano") e o dever de indenizar passou a ser regulamentado em local diverso do Código Civil (art. 927 e seguintes). Por conseguinte,

Ao operar a separação estrutural entre ilicitude e dever de indenizar, não aludindo diretamente nem ao elemento subjetivo (culpa), nem ao dano, nem à responsabilidade civil, o Código Civil determinou uma nova metodologia para o tratamento da ilicitude, dando ensejo à sua maior inserção no campo dos direitos da personalidade, possibilitando a aplicação de novas formas de tutela, bem como permitindo a compreensão de que pode haver ilicitude sem dano e dano reparável sem ilicitude²⁴¹.

A desvinculação entre ilicitude e dever de reparar permite uma maior amplitude das formas de proteção, de modo que, consoante Perlingieri, "uma vez considerada a personalidade humana como um interesse juridicamente protegido e relevante para o ordenamento, a responsabilidade civil se estende

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 158.

²³⁸ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 52.

²³⁹ 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.

²⁴⁰ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Questões Controvertidas: Parte Geral do Código Civil*. (Coord. Mário Luiz Delgado, Jônes Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2007, v. 6, p. 523.

também a todas as violações dos comportamentos subjetivos nos quais pode se realizar a pessoa"²⁴².

O simples mecanismo repressivo, próprio do direito penal, e de incidência normativa limitada aos momentos patológicos das relações jurídicas, segundo Gustavo Tepedino, é insuficiente para a tutela da pessoa humana, uma vez que

A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio sanção-lesão), exigindo, ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, em direito público ou em direito privado²⁴³.

Isso porque "o valor da pessoa humana não se realiza automaticamente, mas com uma série de comportamentos conformes, de modo que o dever de abstenção não exaure a relevância da pessoa no universo normativo"²⁴⁴.

Como esclarece Marinoni,

A vertiginosa transformação da sociedade e o surgimento de novas relações jurídicas exigem que a técnica passe a ser manipulada de modo a permitir a adaptação do processo a novas realidades e à tutela das várias situações de direito substancial.²⁴⁵

Assim, diante da necessidade de outras formas de proteção, além da reparação do dano, o Código Civil de 2002, no art. 12, consagra a tutela da personalidade, em dois âmbitos: a preventiva e a reparadora²⁴⁶.

²⁴² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. (trad. Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 766.

²⁴³ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 48-49.

²⁴⁴ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 56.

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 24.

²⁴⁶ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Na proteção aos direitos da personalidade, pode-se exigir que cesse a ameaça ou lesão, por meio de tutela específica. No primeiro caso, a fim de fazer cessar uma lesão atual (*actio negatoria*) e, no segundo, para prevenir lesão iminente (*actio prohibitoria*). Segundo Walter Moraes, no tocante aos direitos da personalidade, “a proteção negatória é o modo tutelar por excelência dos direitos de personalidade”²⁴⁷ e a proteção positiva objetiva “restabelecer o exercício do direito, e ou, a integridade do bem, lesados”²⁴⁸.

No caso de direito não patrimonial, a tutela jurisdicional adequada corresponde também a mecanismos capazes de impedir a violação do direito e não somente à tutela repressiva. Para Marinoni, “a tutela preventiva seria a única capaz de impedir que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia”²⁴⁹, e conclui: “A tutela inibitória, portanto, é absolutamente indispensável em um ordenamento que se funda na dignidade da pessoa humana e que se empenha em realmente garantir, e não apenas proclamar, a inviolabilidade dos direitos da personalidade”²⁵⁰.

A tutela inibitória visa evitar o perigo da prática do ato, da persistência ou repetição do ilícito, entendido como ato contrário ao direito que, de acordo com Pessoa Jorge, em um sentido amplo, “compreende tudo aquilo que *não deve ser*, abrangendo qualquer situação em que haja uma reacção desfavorável da ordem jurídica”²⁵¹.

Tal espécie de tutela é assegurada na Constituição da República, no art. 5º, XXXV, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A atividade judicial ocorre, em princípio, com o objetivo de evitar o dano que poderia advir da ameaça de lesão a um direito, antes que a mesma se consuma.

²⁴⁷ MORAES, Walter. Direito ao corpo. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 2 (nova fase), 1996, p. 200.

²⁴⁸ *Idem*, p. 199.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 24.

²⁵⁰ *Idem*, p. 298.

²⁵¹ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 62.

Elimar Szaniawski apresenta exemplos de tutela preventiva,

mediante apreensão do filme, através do qual foi indevidamente captada a imagem da vítima, ou através da destruição de fotografias obtidas clandestinamente, de cenas envolvendo uma pessoa, ou pela apreensão e destruição de fitas gravadas ilicitamente de conversações mantidas pela vítima com terceiro etc²⁵².

Também pode ocorrer a cumulação com a prevenção de novos atentados pelo mesmo ofensor. As ações típicas da tutela preventiva no direito brasileiro são a ação inibitória antecipada, ação de preceito cominatório, tutela antecipada e medidas cautelares, tais como sequestro, busca e apreensão, podendo-se, ainda, mencionar a aplicação do art. 461, do Código de Processo Civil, que estabelece: “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Apesar de tal norma referir-se a obrigações, a doutrina não afasta sua incidência para a proteção de direitos existenciais²⁵³.

No direito português, o art. 70, n. 2, do Código Civil consagra uma cláusula geral de ampla proteção aos direitos da personalidade não apenas por meio de instrumentos voltados para a reparação dos danos, mas também admitindo que se possa “requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”²⁵⁴.

No direito civil brasileiro, afóra a regra geral do art. 12, o art. 21, também do Código Civil, determina que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

²⁵² SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 247-248.

²⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, v. 2; MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 127-128.

De outro lado, a tutela reparadora consiste na indenização por dano moral em virtude de um atentado a direito da personalidade da vítima. Nestes casos, o ato danoso deve ter terminado, pois, caso contrário, tratar-se-á da tutela preventiva, conforme acima exposto. Por óbvio, a indenização moral não afasta eventual indenização material decorrente do mesmo ato.

A tutela reparadora encontra amparo no art. 5º, X, da Constituição da República, nos seguintes termos

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:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O termo “reparadora”, contudo, deve ser criticamente interpretado. Em se tratando de indenização moral, não há como mensurar o dano percebido pela vítima. Quando alguém é condenado a pagar indenização por dano moral à família da vítima de homicídio, não se está valorando a vida. Da mesma forma, a indenização por violação à intimidade ou qualquer outro direito de personalidade.

Tal espécie de tutela tem, na verdade, natureza de compensação. Nas palavras de Elimar Szaniawski, “o objeto da reparação de dano extrapatrimonial consiste em se atenuar o sofrimento, em eliminar os efeitos da lesão, e não o dano, porque uma vez perpetrado será impossível sua reversão”²⁵⁵.

Ademais, a tutela reparadora tem por escopo a prevenção e a punição. Apesar de não ser sua função principal, a indenização por dano moral visa também inibir futuras ofensas aos direitos de personalidade, seja pelo próprio ofensor ou por terceiros, mediante a ameaça da possibilidade de condenação.

²⁵⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 254.

A maior dificuldade na proteção à personalidade, seja na forma da tutela preventiva, seja na forma da tutela reparadora, é sua possível colisão com outros direitos fundamentais, inclusive direitos de personalidade de terceiros e mesmo do ofensor.

Ainda que aparente, a colisão de direitos fundamentais ocorreria quando o exercício de um direito fundamental por um determinado titular, colidisse com o exercício fundamental exercido por outro²⁵⁶. O mesmo raciocínio se dá, por óbvio, no tocante aos direitos fundamentais que também são direitos da personalidade. A solução de tais conflitos se dá somente em face das circunstâncias concretas, mediante um juízo de ponderação²⁵⁷.

No presente trabalho, tal questão virá à tona com a necessidade de se vasculhar a intimidade do falecido, por parte do cônjuge sobrevivente ou do concubino, a fim de se obter herança. Contudo, antes de se chegar a tanto, é preciso verificar a caracterização dos direitos da personalidade, especialmente no âmbito das relações familiares e suas projeções *post mortem*.

²⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 1270; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 116.

²⁵⁷ *Idem, ibidem*.

2 Caracterização dos direitos da personalidade

Consideram-se como caracteres da pessoa humana seu corpo, seu nome, honra, vida, imagem, liberdade, entre outros. O rol, contudo, não é taxativo. Orlando Gomes leciona que

sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos²⁵⁸.

A dignidade humana, portanto, é a essência humana da qual decorrem todos os seus atributos. Nesse sentido, há um direito geral da personalidade, considerando uma visão externa ao homem, unitária. O fracionamento deste direito geral da personalidade, conforme os diferentes atributos do ser humano, configura os chamados direitos de personalidade.

Dentre as várias classificações dos direitos de personalidade, uma das mais conhecida é a do jurista italiano Adriano de Cupis: I – direito à vida e à integridade física; II – direito à liberdade; III – direito à honra e ao resguardo pessoal; IV – direito à identidade pessoal; V – direito moral de autor²⁵⁹.

A doutrina pátria adota, em sua maioria, uma classificação semelhante. Pontes de Miranda apresenta uma equivalente, apesar de mais decomposta: I – direito à vida; II – direito à integridade física; III – direito à integridade psíquica; IV – direito à liberdade; V – direito à verdade; VI – direito à honra; VII – direito à própria imagem; VIII – direito à igualdade; IX – direito ao nome; X – direito à intimidade; XI – direito ao sigilo; XII – direito autoral²⁶⁰.

²⁵⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 131.

²⁵⁹ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. (trad. Adriano Vera Jardim, Antonio Miguel Caeiro). Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, *passim*.

²⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 7, t. II.

Limongi França apresenta uma classificação tripartida, mas similar às classificações acima expostas: I – direito à integridade física, compreendendo os direitos à vida, aos alimentos, sobre o próprio corpo vivo, sobre o próprio corpo morto, sobre o corpo alheio vivo, sobre o corpo alheio morto, sobre as partes separadas do corpo vivo, sobre as partes separadas do corpo morto; II – direito à integridade intelectual, compreendendo o direito à liberdade de pensamento, direito pessoal de autor científico, direito pessoal de autor artístico, direito pessoal de inventor; III – direito à integridade moral, compreendendo os direitos à liberdade civil, à liberdade política, à liberdade religiosa, à honra, à honorificiência, ao recato, ao segredo pessoal, ao segredo doméstico, ao segredo profissional, à imagem, à identidade pessoal, identidade familiar e identidade social²⁶¹.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, os direitos da personalidade estão previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002.

No art. 11 do Código Civil de 2002 encontra-se uma cláusula geral que prevê uma proteção genérica dos direitos de personalidade, no modelo de um direito geral de personalidade.

Já nos artigos 12 e seguintes vê-se a especificação de alguns direitos, como o direito à integridade física, à identidade, direito moral de autor, à intimidade e à vida.

Segundo Gierke, os direitos da personalidade são aqueles “que asseguram ao seu sujeito o domínio [Herrschaft] sobre uma parte componente da esfera da própria personalidade”²⁶². Nas palavras de Clóvis Beviláqua, trata-se de um “complexo dos direitos atribuídos a uma pessoa, considerados em conjunto, constituindo uma unidade, mas antes em potencialidade do que em atividade”²⁶³.

²⁶¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1980, v. 1.

²⁶² *Apud* MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista dos Tribunais*, v. 590, p. 15.

²⁶³ BEVILÁQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7ª ed., São Paulo – Belo Horizonte: Francisco Alves, 1955, p. 54-55.

Constitui objeto dos direitos da personalidade a totalidade dos atributos do sujeito de direito. Segundo Pedro Pais de Vasconcelos, cuida-se da

regulação jurídica relativa à defesa da personalidade consagrada, quer no direito supranacional, quer na lei constitucional, quer na lei ordinária, cuja *ratio* se funda em razões de ordem pública e de bem comum, e que é alheia à autonomia privada. Tem a ver com a defesa da humanidade, da globalidade de toda a Espécie Humana, e com a exigência moral de respeitar não só a Humanidade, considerada como um todo, mas também cada um dos seus membros; tem ainda a ver com os Bons Costumes, com a Ordem Pública, com o Bem Comum²⁶⁴.

Não há, porém, uma sistematização. A doutrina admite a existência de um direito geral de personalidade, protegido pela cláusula geral do art. 12 do Código Civil, de modo que, apesar do reconhecimento de direitos especiais, como os acima enumerados, sustenta-se o carácter não taxativo dos mesmos²⁶⁵.

No âmbito do direito civil, o direito geral de personalidade há de ser visto "como o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões de sua personalidade humana, bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade"²⁶⁶.

Na esteira de Castan Tobeñas, direitos da personalidade são direitos subjetivos vez que há "a atribuição de um poder jurídico a um titular frente a outras pessoas, colocado à sua livre disposição e tutelado por uma ação judicial"²⁶⁷.

Os direitos da personalidade, como explica Menezes Cordeiro, são direitos subjetivos absolutos "à manutenção, inviolabilidade, dignidade,

²⁶⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 50.

²⁶⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990, v. 66, p. 49-51; CAPELO DE SOUSA, Rabindrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 151; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2004, v. 1, t. 3, p. 80-82.

²⁶⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 93.

²⁶⁷ TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Réus, 1952, p. 22.

reconhecimento e livre desenvolvimento da individualidade das pessoas²⁶⁸ e, "se considerarmos o ser humano, veremos que ele implica sucessivas esferas de realidades objetivas e/ou subjetivamente necessárias ou úteis"²⁶⁹.

A pessoa tem, ainda, segundo o mesmo autor, "uma vivência espiritual e social", podendo-se distinguir suas relações em diversas áreas, que envolvem bens da personalidade, relativos ao seu aspecto biológico (vida, integridade física, saúde, necessidades vitais; ao seu aspecto moral (integridade moral, identidade, nome, imagem, intimidade etc); ao seu aspecto social (família, bom nome e reputação, respeito etc)²⁷⁰.

Contudo, a tutela geral da personalidade, como esclarece Capelo de Sousa

não é reconhecida abrupta, ilimitada e separadamente e não funciona isoladamente, antes constitui uma simples, embora altamente valiosa e dinâmica, peça do complexo e interconexo "puzzle", que é o sistema jurídico na unidade da sua arquitectura e do seu funcionamento²⁷¹.

Em determinadas relações jurídicas, como as familiares, que envolvem situações de fato complexas, a tutela geral da personalidade pode ser confrontada com a existência de direitos, poderes e faculdades, cujo exercício pode esbarrar na esfera dos direitos da personalidade de uma pessoa.

Diante disso, e da necessidade de tentar vislumbrar uma coerência no sistema normativo, cumpre verificar se a inculpação, seja averiguada nas relações *inter vivos*, relativas ao fim do casamento, seja *mortis causa*, viola direitos da personalidade.

²⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2004, v. 1, t. 3, p. 47.

²⁶⁹ *Idem*, p. 77.

²⁷⁰ *Idem*, p. 78.

²⁷¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 513.

3 Proteção dos direitos da personalidade e inculpação nas relações familiares

Nas relações familiares há controvérsias sobre a possibilidade de preservação de uma esfera de intimidade entre os cônjuges, tendo em vista a cláusula geral da comunhão plena de vida que rege as relações conjugais.

O art. 1.511 do Código Civil estabelece que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Tal previsão é complementada pelo disposto no art. 1.565: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Daí resulta a noção de solidariedade entre os cônjuges, que fundamenta os deveres conjugais²⁷².

A questão que se coloca é a seguinte: as pessoas casadas, apesar da comunhão plena de vida entre elas estabelecida, preservam um espaço ou um mínimo de intimidade, ou, se optam pelo casamento, "abrem mão" do segredo?

Tereza Mafra também suscita tal questão

No casamento, a proteção da intimidade se destina à preservação tanto do grupo familiar como também aos membros do grupo. As aspirações de cada indivíduo podem florescer na intimidade da vida conjugal, tendo a família como o “lugar privado”, onde os sentimentos e as emoções podem se desvendar entre o casal. Nesse contexto, o lar conjugal apresenta-se como um espaço no qual as pessoas podem estar a salvo de intrusões indesejadas, onde estão livres para usufruir o seu mundo interior.

Entretanto, cumpre indagar se os casados têm, um cônjuge em relação ao outro, o *direito de estar só*²⁷³.

²⁷² MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: RT, 2007, p. 307.

²⁷³ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Segredo versus confiança na família conjugal. In: *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010, p. 511-521.

Ao desenvolver a teoria dos *círculos concêntricos*, Paulo José da Costa Junior, aponta a existência de três esferas da vida privada: a) a vida privada, que compreende todos os comportamentos e acontecimentos que a pessoa não quer tornar públicos; b) a intimidade, da qual participam apenas aqueles com os quais a pessoa deposita confiança, envolvendo conversações ou acontecimentos íntimos; c) o segredo, que compreende a parte mais íntima da pessoa²⁷⁴.

Para Milton Fernandes, o menor dos círculos concêntricos “compreende a parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham, quando muito, alguns amigos apenas. Desta esfera não participam sequer as pessoas da intimidade do sujeito”²⁷⁵.

Consoante posicionamento adotado por Tereza Mafra

A existência de segredos que um cônjuge decide manter desconhecido do outro caracteriza o comportamento do indivíduo de querer preservar seu espaço privado e sua individualidade, em relação até mesmo à pessoa com quem decidiu estabelecer uma comunhão de vida.

O individualismo pode parecer antinômico com o princípio da solidariedade, que é a base dos deveres conjugais. Mas a pessoa, mesmo casada, mantém a sua singularidade e pode pretender resguardar um espaço no qual abrigue certos aspectos de sua vida.

Entretanto, embora haja interesses legítimos a serem colocados a salvo da ciência mesmo do cônjuge, pelo casamento são estabelecidos limites, determinados pela justa expectativa de cumprimento dos deveres do casamento, tanto no campo pessoal, quanto no patrimonial²⁷⁶.

O comportamento de um dos cônjuges, em relação ao outro, na constância do casamento, deve estar em conformidade com a cláusula geral da comunhão plena de vida (art. 1.511, Código Civil), sob pena de autorizar ao outro tomar as providências necessárias para formalizar o término do

²⁷⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 31-32.

²⁷⁵ FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 71.

²⁷⁶ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Segredo versus confiança na família conjugal. In: *Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010, p. 511-521.

casamento, judicial ou extrajudicialmente, uma vez caracterizada a insuportabilidade da vida em comum.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, como se demonstrou no capítulo I, *retro*, tem-se, cada vez mais, falado no fim da inculpação pelo término do relacionamento conjugal, em decorrência da objetivação do divórcio - que não admite perquirição dos motivos do fim do casamento - tratando-se de uma tendência presente em vários países (modelos francês, alemão, *common law*).

O modelo tradicional permitia a perquirição da culpa pelo fim do casamento, fazendo-a triunfar sobre a proteção à intimidade e à vida privada. A evolução do Direito de Família, com a desdramatização dos mecanismos processuais voltados para o desfazimento do casamento refletem "uma evolução da sociedade, uma modificação das sensibilidades, uma transformação no espírito do Direito de Família"²⁷⁷.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde 1959, já demonstrava uma tendência a repelir pretensões indenizatórias pelo fim do casamento, limitando a investigação de culpa. No Recurso Extraordinário nº 42.436, decidiu-se que a eficácia do casamento anulado é limitada pela lei até ao dia da sentença anulatória, tendo sido esse o termo final para os alimentos então fixados a benefício da esposa enganada, tendo-lhe sido indeferido o pedido cumulado de indenização por ofensa à honra²⁷⁸.

Lado outro, não se pode ignorar a inutilidade prática de inquirir-se culpa pelo fim do casamento, revolvendo a intimidade da pessoa casada, quando o divórcio pode ser obtido sem apuração dos motivos que a ele conduziram as partes e, muitas vezes, já se deu a extinção fática da comunhão plena de vida pela separação de fato, cujos efeitos se produzem tanto na esfera pessoal, quanto na patrimonial, consoante discutido nos capítulos I e II.

²⁷⁷ VIAL, Géraldine. *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*. Paris: Dalloz, 2008, p. 121.

²⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Gallotti, Recurso Extraordinário nº 42.436/DF, j. 01.10.1959. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 31.10.2011.

Assim, apesar da inclinação para o término das controvérsias judiciais em torno da culpa, não se pode olvidar a grande importância, jurídica e prática, da separação de fato. Configurada pela apartação física dos cônjuges somada à intenção de encerrar o casamento, a separação de fato dá origem a múltiplos efeitos, pessoais e patrimoniais.

A presunção de paternidade (*pater is est*), que a lei impõe ao marido quanto aos filhos de sua esposa, havidos ou presumidamente concebidos na constância do casamento, pode ser afastada, em alguns casos, pela separação de fato, tendo em vista que, se a ruptura da vida conjugal permite que os cônjuges não fiquem mais vinculados ao cumprimento do dever de fidelidade, pode-se, sob a premissa da ausência da fidelidade da mulher, afastar-se a presunção de paternidade (*praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit - a presunção decorre do que geralmente acontece*)²⁷⁹.

Reitere-se que, no âmbito patrimonial, o Superior Tribunal de Justiça há muito tempo consolidou entendimento de que os bens adquiridos por um dos cônjuges, durante a separação de fato, mediante seu esforço isolado, e, pois, sem a utilização de bens ou recursos comuns, são incomunicáveis²⁸⁰.

Configurada a desnecessidade da inculpação *inter vivos*, no término do casamento, cabe, agora, verificar se o mesmo se dá no âmbito do Direito das Sucessões, tendo em vista eventual confronto com as projeções *post mortem* dos Direitos de Personalidade.

²⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974, v. 9, p. 24.

²⁸⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Recurso Especial nº 40.785/RJ, j. 19.11.1999; Quarta Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Recurso Especial nº 140694/DF, j. 13.10.1997; Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 555771/SP, j. 05.05.2009. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>.

4 Proteção *post mortem*

Acerca da proteção *post mortem* dos direitos da personalidade, o art. 12 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002 dispõem que

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

De forma similar, apesar de mais restrita quanto àqueles que podem requerer a tutela judicial, o art. 20 e seu parágrafo único também a consagram *post mortem*:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Vários são os fundamentos para a proteção *post mortem* dos direitos de personalidade.

Gustavo Tepedino afirma que “embora a morte do titular implique a extinção dos Direitos da Personalidade, alguns interesses resguardados permanecem sob tutela, como, por exemplo, a imagem, o nome, a autoria, a sepultura, e o cadáver do falecido”²⁸¹.

²⁸¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35.

Francisco Amaral, apesar de entender também pela tutela de direitos de personalidade do *de cuius*, adota outro fundamento. Diz o autor que “o testamento, o respeito ao cadáver, a sepultura, a autorização para autópsia e para transplante, a proteção da memória do falecido contra injúria e difamação demonstram a permanência de traços da personalidade *post mortem*”²⁸².

Um terceiro fundamento é exposto por Paulo Luiz Netto Lôbo que atesta que, não obstante a personalidade e os direitos de personalidade se extinguirem com a morte, estes últimos possuem transeficácia *post mortem*, permitindo a defesa por parte dos familiares dos direitos de personalidade do falecido, conforme exposto de forma ampla no parágrafo único do art. 12 do Código Civil de 2002²⁸³.

Na doutrina paira a dúvida se com a morte se mantém a personalidade, os direitos de personalidade, ou nenhum deles, havendo apenas a proteção pelos familiares de interesses que outrora compunham os direitos de personalidade do falecido, ou se os familiares herdaram a titularidade destes interesses. Não obstante, é majoritário o entendimento de que há a tutela dos atributos que em vida compunham a personalidade do *de cuius*.

Considerando que a proteção *post mortem* é praticamente unânime na doutrina, que o próprio Código Civil de 2002 prevê expressamente, que a jurisprudência a aplica, cumpre apenas definir os fundamentos dessa proteção e, conseqüentemente, estabelecer seus limites e suas formas de exercício.

²⁸² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 226

²⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e Direitos da Personalidade. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 284, p. 5-17, jun. 2001.

4.1 Projeções

Diogo Leite Campos destaca que ao falar dos mortos, aqueles definitivamente calados, a eles se faz referência como se estivessem vivos, como se o ato de fala resgatasse um pouco de sua existência, e, por isso, propõe “um estatuto jurídico que se projecta para trás, para a vida que foi”²⁸⁴. Para tanto, sustenta que a totalidade da pessoa não se extingue com a morte.

A proposta do autor, então, realiza-se em dois planos: o primeiro, pela configuração da morte, e o segundo, pela definição do estatuto jurídico do falecido.

Começa reconhecendo que a morte, mais que um fenômeno biológico, é “um fenômeno cultural do âmbito da existência moral”²⁸⁵. Por isso a afirmação da sobrevivência pelo discurso, uma vez que o “total vazio” definitivo viria após a morte, com a não referência.

Ou seja, o sentido definitivo da morte estaria em não ser lembrado, porque aí sim se extinguiriam todos os liames sociais daquela pessoa, desconsiderando-se todas as perspectivas religiosas de vida depois da morte, ou mesmo de alguma continuação que não se apresenta, ainda, jurídica.

No que diz respeito ao presente estudo, discutir a culpa do falecido o deixa em flagrante posição de fragilidade, não podendo se defender das acusações que lhe são imputadas *post mortem*.

Nesse sentido, vale realçar a advertência de Diogo Leite de Campos: “O Direito visava uma igualação de posições entre o mais forte e o mais fraco. Hoje os direitos permitem a predação do mais fraco (criança, velho, falecido, etc.) pelo mais forte. Este exclui o outro, submetendo-o ao seu desejo”²⁸⁶.

²⁸⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. O estatuto jurídico da pessoa depois da morte. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 55.

²⁸⁵ *Idem*, p. 56

²⁸⁶ *Idem*, p. 59.

4.2 Eficácia

De toda forma, é importante ressaltar que a proteção *post mortem* dos direitos da personalidade não é matéria estranha às leis. O Código Civil brasileiro²⁸⁷ prevê essa proteção expressamente, no que segue a orientação do Código Civil português²⁸⁸.

Assim, com a morte, se poderiam considerar três situações distintas para os direitos de personalidade do falecido²⁸⁹.

A primeira constituiria verdadeira “herança moral”, de modo a garantir aos herdeiros a fruição do patrimônio familiar, como na continuidade dos direitos morais de autor. O interesse continuaria a ser do falecido, mas o poder de proteção seria deferido aos herdeiros.

Alguns direitos seriam extintos com a morte do titular, como o direito de se opor à realização de sua imagem ou o direito de se arrepender da publicação de uma obra.

²⁸⁷ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

²⁸⁸ ARTIGO 70º

(Tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

ARTIGO 71º

(Ofensa a pessoas já falecidas)

1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular.

2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no nº 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

3. Se a ilicitude da ofensa resultar da falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere.

²⁸⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. O estatuto jurídico da pessoa depois da morte. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 60.

Outros, ainda, seriam adquiridos originariamente pelos herdeiros, em nome próprio, sem que nunca tivessem pertencido ao falecido. Seria o caso de se opor à divulgação da imagem do falecido ou mesmo direito de resposta contra ofensas dirigidas ao morto.

O direito penal brasileiro prevê uma série de crimes que lidam justamente com a proteção dos mortos.

O Código Penal traz um capítulo próprio de crimes contra o “respeito aos mortos”, que criminaliza as seguintes condutas:

Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária

Art. 209 - Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Violação de sepultura

Art. 210 - Violar ou profanar sepultura ou urna funerária:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Destruição, subtração ou ocultação de cadáver

Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Vilipêndio a cadáver

Art. 212 - Vilipendiar cadáver ou suas cinzas:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Em relação à honra das pessoas mortas, a Lei nº 5250/67, conhecida como Lei de Imprensa²⁹⁰, trazia previsão:

²⁹⁰ “Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.”

Art . 20. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, reproduz a publicação ou transmissão caluniosa.

§ 2º Admite-se a prova da verdade, salvo se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

§ 3º Não se admite a prova da verdade contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Chefes de Estado ou de Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos.

Art . 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

§ 1º A exceção da verdade somente se admite:

a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública;

b) se o ofendido permite a prova.

§ 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele.

Art . 22. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decôro:

Pena: Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região.

Parágrafo único. O juiz pode deixar de aplicar a pena:

a) quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

b) no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

Art . 24. São puníveis, nos termos dos arts. 20 a 22, a calúnia, difamação e injúria contra a memória dos mortos.

É importante destacar que a Lei de Imprensa foi considerada não recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130: "(...)Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967"²⁹¹.

Desse modo, somente o crime de calúnia contra os mortos será punível no direito pátrio, conforme previsto no art. 138 do Código Penal:

²⁹¹ ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020: "ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. (...)"

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Em episódio noticiado pela imprensa, a atriz Maitê Proença foi absolvida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro de queixa-crime proposta pela mãe do ex-marido da também atriz Suzana Vieira, alegando a prática de calúnia, injúria e difamação com base na Lei de Imprensa, pela seguinte declaração: “Morre tanta gente legal. Quando morre uma porcaria como essa, é muito bom...” Como o STF já havia decidido que referida Lei não foi recepcionada, o Tribunal local afastou o pedido, decidindo ainda que não caberia punição por ofensa à dignidade ou decoro do falecido²⁹².

Em oposição à norma penal, claramente orientada pela tipicidade na determinação dos crimes, em matéria civil se reconhece, como faz expressamente o Código Civil brasileiro, a proteção da integridade moral dos mortos.

Ou seja, parte-se do dado reconhecido consistente na proteção dos mortos para, a partir dessa realidade, se buscar o melhor enquadramento jurídico. Daí advêm a preocupação em definir quem é o titular dessa proteção.

²⁹² <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/2481>.

4.3 Titularidade

Desse modo, retomando a última classificação, o direito de proteger a honra do morto seria, a princípio, um direito do próprio familiar, surgida em decorrência da abrangência do vínculo familiar.

Diogo Leite de Campos observa, ainda, que a sucessão dos direitos da personalidade se faria mais para proteção do interesse do falecido do que para proteção do direito dos herdeiros, quase que como verdadeiro ônus²⁹³.

Observa o autor que os textos legais brasileiro e português, enquanto tratam da questão no plano da “legitimidade”, estariam reconhecendo implicitamente que a titularidade continuaria como falecido, muito embora a possibilidade de agir fosse vinculada aos sucessores, ou seja, “continuando os direitos a pertencer ao falecido”. Disso tudo conclui: “O que está aqui em causa é a continuidade da pessoa, pelo menos para efeitos de proteção da pessoa no passado”²⁹⁴.

O exemplo que melhor expressaria essa realidade seria a possibilidade de os parentes do falecido pleitearem indenização por sua morte²⁹⁵. Isso se

²⁹³ CAMPOS, Diogo Leite de. *O estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 61.

²⁹⁴ *Idem*, p. 62.

²⁹⁵ DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MORAIS POR MORTE. NOIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA. NECESSÁRIA LIMITAÇÃO SUBJETIVA DOS AUTORIZADOS A RECLAMAR COMPENSAÇÃO.

1. Em tema de legitimidade para propositura de ação indenizatória em razão de morte, percebe-se que o espírito do ordenamento jurídico rechaça a legitimação daqueles que não fazem parte da “família” direta da vítima, sobretudo aqueles que não se inserem, nem hipoteticamente, na condição de herdeiro. Interpretação sistemática e teleológica dos arts. 12 e 948, inciso I, do Código Civil de 2002;

art. 63 do Código de Processo Penal e art. 76 do Código Civil de 1916.

2. Assim, como regra - ficando expressamente ressalvadas eventuais particularidades de casos concretos -, a legitimação para a propositura de ação de indenização por dano moral em razão de morte deve mesmo alinhar-se, *mutatis mutandis*, à ordem de vocação hereditária, com as devidas adaptações.

3. Cumpre realçar que o direito à indenização, diante de peculiaridades do caso concreto, pode estar aberto aos mais diversificados arranjos familiares, devendo o juiz avaliar se as particularidades de cada família nuclear justificam o alargamento a outros sujeitos que nela se inserem, assim também, em cada hipótese a ser julgada, o prudente arbítrio do julgador

faria, porém, sob duplo aspecto, em consideração ao falecido e tendo em vista as pessoas que são dele sucessores legítimos²⁹⁶.

No caso do falecido, a indenização por morte visa tutelar o direito à vida, um dos direitos de personalidade. Para os parentes a indenização por morte tutela o direito à convivência com os familiares.

É de se perceber que tal proteção, prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição da República, engloba todos os atributos da personalidade, não havendo no direito pátrio rol taxativo de quais são os atributos e os respectivos direitos de personalidades.

Tais direitos, subjetivos, somente protegem a pessoa humana, a qual tem como característica por excelência a dignidade, de onde decorrem a

avaliará o total da indenização para o núcleo familiar, sem excluir os diversos legitimados indicados. A mencionada válvula, que aponta para as múltiplas facetas que podem assumir essa realidade metamórfica chamada família, justifica precedentes desta Corte que conferiu legitimação ao sobrinho e à sogra da vítima fatal.

4. Encontra-se subjacente ao art. 944, caput e parágrafo único, do Código Civil de 2002, principiologia que, a par de reconhecer o direito à integral reparação, ameniza-o em havendo um dano irracional que escapa dos efeitos que se esperam do ato causador. O sistema de responsabilidade civil atual, deveras, rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados. E, a toda evidência, esse exagero ou desproporção da indenização estariam presentes caso não houvesse - além de uma limitação quantitativa da condenação - uma limitação subjetiva dos beneficiários.

5. Nessa linha de raciocínio, conceder legitimidade ampla e irrestrita a todos aqueles que, de alguma forma, suportaram a dor da perda de alguém - como um sem-número de pessoas que se encontram fora do núcleo familiar da vítima - significa impor ao obrigado um dever também ilimitado de reparar um dano cuja extensão será sempre desproporcional ao ato causador. Assim, o dano por ricochete a pessoas não pertencentes ao núcleo familiar da vítima direta da morte, de regra, deve ser considerado como não inserido nos desdobramentos lógicos e causais do ato, seja na responsabilidade por culpa, seja na objetiva, porque extrapolam os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente.

6. Por outro lado, conferir a via da ação indenizatória a sujeitos não inseridos no núcleo familiar da vítima acarretaria também uma diluição de valores, em evidente prejuízo daqueles que efetivamente fazem jus a uma compensação dos danos morais, como cônjuge/companheiro, descendentes e ascendentes.

7. Por essas razões, o noivo não possui legitimidade ativa para pleitear indenização por dano moral pela morte da noiva, sobretudo quando os pais da vítima já intentaram ação reparatória na qual lograram êxito, como no caso.

8. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1076160/AM, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 21/06/2012)

²⁹⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. O estatuto jurídico da pessoa depois da morte. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 63.

autonomia e alteridade, ambas também características determinantes do ser humano.

Dentre os fundamentos para a proteção *post mortem* dos direitos de personalidade, cumpre atentar para o que defende Diogo Leite de Campos. Para o autor, a morte não extingue por completo a entidade da “pessoa”. A morte, muito mais que um fenômeno biológico, é um fenômeno cultural, exigindo-se do Direito um estatuto a ser aplicado aos falecidos.

Isso porque, mesmo após a morte, a lembrança do *de cuius* mantém uma representação da pessoa que foi o falecido em vida, a qual exige tutela jurídica quanto a seus atributos como a honra, o nome etc.

Neste contexto, dos direitos de personalidade dos quais gozava o *de cuius*, alguns irão se extinguir, outros serão protegidos pelo herdeiros, que apesar de não serem os titulares, são legitimados a exercer tal proteção, ou ainda haver a titularização de direitos originários por parte dos herdeiros, direitos estes que não eram titularizados pelo falecido.

Independentemente de os herdeiros serem titulares ou legitimados, em ambas as hipóteses a tutela de tais direitos se dá sempre no interesse do falecido, considerando aqui a concepção esposada por Diogo Leite de Campos no sentido de haver a continuidade da pessoa após a morte.

Na hipótese de ser discutida eventual culpa do *de cuius*, aquele que não pode pessoalmente defender a própria imagem e a própria honra, estar-se-ia pondo o falecido em delicada situação de fragilidade perante os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não bastasse, a perquirição da culpa do falecido leva à herdeira cônjuge, ou mesmo os herdeiros descendentes ou ascendentes, a enxovalhar a memória do *de cuius* no intuito de lhe ver atribuída a culpa e assim afastar o direito sucessório da amante. Esta, por sua vez, defenderia a memória do falecido para afastar a imputação da culpa e lhe garantir benefícios econômicos.

Considerando que são os herdeiros, seja como titulares ou legitimados, quem devem proteger os interesses do falecido, a perquirição da culpa os obrigaria justamente a agir de forma contrária.

Permitir que os herdeiros atentem contra a memória do *de cujus* afronta a proteção *post mortem* dos direitos de personalidade, desconsidera a manutenção da pessoa após a morte e põe os herdeiros do falecido em considerável condição de fragilidade, diante da invasão à vida privada, intimidade e até mesmo honra daquele que não mais se encontra para se defender e esclarecer os fatos.

5 Reconhecimento jurisprudencial: quando a culpa não faz mais sentido

A exposição dos aspectos desenvolvidos na pesquisa poderia levar à proposição de diversas sugestões para aprimoramento do sistema. Porém, apontar as falhas do ordenamento de nada adiantaria se não fosse possível apresentar delineamentos de sua aplicação, reconhecendo, inclusive, a possibilidade de diálogo entre a produção acadêmica e as decisões judiciais.

Assim, como reconhecimento da tutela a intimidade dos mortos, confira-se o seguinte acórdão do STJ:

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. HOMEM CASADO. OCORRÊNCIA DE CONCUBINATO. INDAGAÇÕES ACERCA DA VIDA ÍNTIMA DOS CÔNJUGES. IMPERTINÊNCIA. INVIOLABILIDADE DA VIDA PRIVADA. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO PROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A AUTORA DA AÇÃO. 1. A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado. 2. O acórdão recorrido estabeleceu que o falecido não havia desfeito completamente o vínculo matrimonial - o qual, frise-se, perdurou por trinta e seis anos -, só isso seria o bastante para afastar a caracterização da união estável em relação aos últimos três anos de vida do de cujus, período em que sua esposa permaneceu transitoriamente inválida em razão de acidente. Descabe indagar com que propósito o falecido mantinha sua vida comum com a esposa, se por razões humanitárias ou qualquer outro motivo, ou se entre eles havia "vida íntima". 3. Assim, não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, discussão acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido, sob pena de se cometer grave injustiça, colocando em risco o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. 4. Recurso especial provido²⁹⁷.

Vê-se, aí, claramente, em consonância com a proteção dispensada pela Constituição de 1988, a prevalência da *inviolabilidade da vida privada* (art. 5º, X).

²⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, REsp nº 1096539-RS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/03/2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 23.08.2012.

Nesse mesmo sentido também se manifesta a doutrina, reconhecendo que a proteção da vida privada deve prevalecer sobre a eventual tutela de interesses de terceiros, desprovida a proporcionalidade:

De qualquer modo, não é difícil notar que a vida privada é o refúgio impenetrável da pessoa, protegido em face da coletividade e merecendo especial proteção. Ou seja, é o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou. São situações atinentes aos aspectos amorosos, sexuais, religiosos, emocionais..., de uma pessoa. Aquilo que diz respeito ao seu eu. Ora, diante desta breve delimitação, não há qualquer dúvida de que um dos campos mais férteis para vislumbrar a necessidade de proteção da privacidade diz respeito às relações familiares. É que no seio da família a pessoa humana desenvolve a sua personalidade e os seus atributos personalíssimos, ampliando a necessidade de efetiva proteção contra a ingerência indevida de terceiros. Aliás, a família é o mais privado de todos os espaços do Direito Civil. Com isso, forçoso é reconhecer a suplantação definitiva da (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada que, seguramente, dizem respeito somente à vontade do próprio titular, como expressão pura de sua dignidade. PIETRO PERLINGIERI, que de há muito apregoa tais idéias, dispara, com precisão cirúrgica, que "expressão de liberdade é o poder reconhecido aos cônjuges de acordar a direção da vida familiar interpretando as exigências de ambos e da família". E mais adiante acresce que os acordos e estipulações recíprocas entre os consortes "assumem o papel de regra e de instrumento de realização do princípio de igualdade moral e jurídica e, ao mesmo tempo, relativamente à natureza e aos conteúdos da direção fixada"²⁹⁸.

Mais do que isso, é preciso reconhecer nesses casos a quase impossibilidade de reconstrução do suporte fático-probatório. Afinal, não há meios de se reconstituir um passado inacessível, se um dos sujeitos daquela relação não pode mais participar de sua reconstituição.

Assim, por sinal, já reconheceu o STJ:

A investigação da cessação do afeto ou do distanciamento dos espíritos dos cônjuges é tarefa que, no entender deste relator, mostra-se praticamente impossível de ser exitosa, já que se insere na seara do subjetivismo íntimo e das conformações

²⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21.

morais dos cônjuges, que possuem variados níveis de exigência recíproca. Ou seja, uma relação que para alguns não significa casamento, pode representar para outros o modo pelo qual são confortados seus espíritos e exigências mútuas. E isso conduz à conclusão de que não há juiz no mundo que possa afirmar, com segurança, os motivos pelos quais duas pessoas mantiveram a vida sob a mesma habitação, sobretudo quando tal investigação se realiza *post mortem*, com "provas fúnebres" de inconsistência quase sempre evidente. Também não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, abrir as portas para o questionamento acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido, sob pena de se cometer grave injustiça e de se colocar em risco o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Assim, alinho-me a voto proferido pela eminente Ministra Nancy Andrighi, segundo o qual "os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrihados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano" (REsp 1.107.192/PR, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 27/05/2010)²⁹⁹.

Em suma, a esfera íntima constitui espaço de resguardo e não se pode devassá-la, especialmente quando ao interessado não é possível defender-se.

Essa dimensão fica, mais uma vez, reconhecida na discussão sobre o paralelismo de uniões afetivas *post mortem*. Confira-se decisão do STJ:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. PARALELISMO DE UNIÕES AFETIVAS. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM E SUA CONSEQUENTE DISSOLUÇÃO. CONCOMITÂNCIA DE CASAMENTO VÁLIDO. PECULIARIDADES. - Os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrihados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano. -

²⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, REsp nº 1096539-RS, Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/03/2012. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 23.08.2012.

Deve o juiz, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. Recurso especial não provido³⁰⁰.

Nesse sentido, já decidiu a Terceira Turma que "se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino" (REsp 931.155/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 281).

Assim, se o acervo probatório exigir julgamento por presunção, presume-se o que normalmente ocorre, de modo que, por ser de ordinário que as pessoas casadas não estão separadas de fato, o ônus de provar a separação recai sobre a concubina, contra quem militam, a um só tempo, a condição de autora da ação de união estável e a presunção decorrente da situação de legalidade da qual se beneficia a esposa.

³⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, REsp nº 1.107.192-PR, Relator Min. Massami Uyeda, j. 20/04/2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20.08.2012.

CONCLUSÕES

No primeiro capítulo fez-se uma abordagem histórica da culpa nas relações conjugais, a fim de demonstrar seu progressivo esvaziamento nas dissoluções do casamento.

A análise das hipóteses de articulação da culpa no Direito Civil e seus reflexos no Direito Sucessório revela a estrutura das relações familiares orientadas pela evocação de regras morais e religiosas, assim como inspirado por uma essência retributiva, fundada no mecanismo jurídico encarregado de proteger os interesses subjetivos em face de um comportamento particular reprovável (descumprimento dos deveres pessoais).

Ainda que a concepção sancionatória não tenha sido abandonada no Código Civil de 2002, a violação dos deveres do casamento gradualmente teve sua importância reduzida, na medida em que a separação litigiosa perde utilidade prática, com o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, representando a transição para um regime objetivo de término do casamento, tendo o divórcio se tornado um direito potestativo, no qual não se discutem as razões que levaram à ruptura da comunhão de vida.

De outro lado, como se viu no capítulo II, em contradição com a objetivação do divórcio, não basta a qualidade de cônjuge para que seja pleiteado o reconhecimento de direito sucessório, na sucessão legítima. Em princípio, depreende-se do art. 1.830 do Código Civil a exigência que o sobrevivente não esteja separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos, reclamando-se, ainda, no último caso, prova de que a convivência não se tornara impossível por culpa do sobrevivente.

Por tal interpretação, além da separação judicial e da separação de fato – que são critérios objetivamente verificáveis – adotou o legislador do Código Civil de 2002 o critério subjetivo da culpa, pelo rompimento da relação conjugal que, imputada pelo sobrevivente ao morto, gera a recompensa do direito de

sucedê-lo, embora seja o viúvo legitimado para a defesa dos direitos da personalidade de quem, para herdar, deve achincalhar.

No tocante à sucessão testamentária, ao contrário do tratamento contido no Código Civil de 1916, que excluía, sem ressalvas, o direito sucessório dos concubinos (art. 1.719, III), o Código Civil de 2002 dispõe que eles não podem ser nomeados herdeiros nem legatários, salvo se o testador casado, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos (art. 1.801, III).

Entretanto, como se demonstrou nos capítulos I e II, o abandono da perquirição de culpa já vinha sendo consolidado na jurisprudência, bastando configurar-se a separação de fato para que, tanto no Direito de Família, quanto no Direito das Sucessões, prevalecesse o princípio da ruptura, reconhecendo-se a inutilidade de se indagar pela culpa para resolver demandas familiares e sucessórias.

Por fim, buscou-se mostrar o conflito da inculpação com os Direitos da Personalidade, não havendo coerência possível na invasão da intimidade e na ofensa à memória do falecido, como fundamento para obter direitos patrimoniais transmitidos *mortis causa*.

Identifica-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a intimidade e a vida privada não devem ser revolidos, sob pena de violação ao disposto no art. 5º, X, da Constituição da República.

Assim, deve-se abandonar a indagação de culpa, prevista nos arts. 1.801, III e 1.830 do Código Civil, sob pena de afronta à norma Constitucional, sendo que tal interpretação permite a coerência sistemática entre as normas de Direito de Família, Direito das Sucessões e dos Direitos da Personalidade.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ANTUNES VARELA, J. M. *Direito de Família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, v. 1.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000, v. 2.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. Acesso em: 18.08.2012. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira10.pdf>
- AUBRY & RAU. *Droit Civil Français*. Paris: Librairies Techniques, 1962, t. 7.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. *Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, p. 3-24, jan-mar de 2002.
- BARROS, Hermenegildo de. *Manual do Código Civil Brasileiro: Do direito das sucessões (Da sucessão em geral e da sucessão legítima)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, v. 18.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: Droit de la famille*. Paris: Montchrestien, 2010.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5. ed., 1933.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945, v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

BEVILÁQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7ª ed., São Paulo – Belo Horizonte: Francisco Alves, 1955.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 3ª ed., São Paulo: LEUD, 1988.

BONIFACE-DELCRO, J. *Études sur la condition légale des femmes dans la famille*. Paris: Imprimerie de Pommeret et Moreau, 1858.

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: G. Giappichelli, 1946.

BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano*. Diritto di famiglia. Milano: Giufré, 1963, v. 1.

BORGHI, Hélio. Liberalidades à concubina: nulas ou Anuláveis? *Revista dos Tribunais*. Abril de 1990, v. 654.

CAHALI, Francisco José. *União Estável e Alimentos entre Companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAHALI, Francisco José, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: RT, v. 6.

CAHALI, Yussef, Said. *Divórcio e Separação*. 11ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12ª ed., São Paulo: RT, 2011.

CAMÕES, Luís de. *Obras completas. Os Lusíadas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito de Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. 2ª ed., Coimbra: G. C. Gráfica de Coimbra, Lda., 1992.

CAMPOS, Diogo Leite de. O estatuto jurídico da pessoa depois da morte. *In*: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

CAPELO DE SOUSA, Rabindrath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*. Paris: PUF, 2004.

CARNEIRO, Nelson. *A luta pelo divórcio: a síntese de uma campanha em defesa da família*. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: questões fundamentais e controvertidas na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2007.

CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil: Direito de Família*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1993, v. 5, t. 2.

CHINELLATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. *In*: *Questões controvertidas: Parte Geral do Código Civil - Séries grandes temas de direito privado*. (Coord. Mário Luiz Delgado, Jones Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2007, v. 6.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. *Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito Pessoal – Arts. 1.511 a 1.590*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 2005, v. 17.

CORNU, Gérard. *Droit Civil: La Famille*. 4. ed., Paris: Montchrestien, 1994.

COSTA, Eva Dias. *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*. Coimbra: Almedina, 2005.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2007.

COULANGES, Fustel de. *La cité antique*. 25 ed., Paris: Librairie Hachette, 1919.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de motivos para a reforma do direito de família. *In Anteprojeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1975, v. 155.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. (trad. Adriano Vera Jardim, Antonio Miguel Caeiro). Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 2008.

DE CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DESNOYER, Christine. *L'évolution de la sanction en droit de la famille*. Paris: L'Harmattan, 2001.

DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Ano LXII, quinta-feira, 29 de novembro de 2007, Brasília, Distrito Federal.

DIAS, Adahyl Lourenço. *A Concubina e o Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. (atual. Rui Berford Dias). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: RT, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 22ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6.

ELIAS, Norbert. *Norbert Elias por ele mesmo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2001.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin. *Derecho de Familia: El matrimonio*. (trad. da 20.ed., Blas Pérez González, José Castán Tobeñas). Barcelona: Bosch, 1941, t. 4, v. 1.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERNANDES, Luís A. de Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 3ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2008.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1975, v. 1.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1980, v. 1.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. São Paulo: RT, 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.

GLENDON, Mary Ann. *The transformation of Family Law (State, Law and Family in the United States and Western Europe)*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7.

GOZZO, Débora. Nova ordem da vocação hereditária. *In: Principais controvérsias no novo Código Civil*. (Coord. José Carlos Moreira Alvez, Miguel Reale). São Paulo: Saraiva, 2006.

GRANET, Frédérique, HILT, Patrice. *Droit de la famille*. Grenoble: PUG, 2006.

GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*. (trad. Hildegard Fernanda Fiest). São Paulo: Martins Fontes, 1991.

GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HOTTOIS, Gilbert. *Dignité et diversité des hommes*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2009.

JEDIN, Hubert. *Historia del Concilio de Trento*. (trad. Ernest Graf). Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1981, t. 3.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

LABBÉE, Xavier. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* Paris: Presses Universitaires du Septentrion, 1996.

LASALA, Pérez. *Derecho de Sucesiones*. Buenos Aires: Depalma, 1978, v 1.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: Direito das Sucessões. Arts. 1.784 a 2.027*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 21.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1963.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. *A nova lei do divórcio comentada*. São Paulo: O. DIP Editores Ltda, 1978.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e Direitos da Personalidade. *In: Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 284, p. 5-17, jun. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>. Acesso em: 28.01.2012.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Segredo versus confiança na família conjugal. *In: Família e responsabilidade: Teoria e prática do direito de família*. (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010.

MALAURIE, Phillippe. *Cours de droit civil*. Paris: Cujas, 1989.

MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent. *La Famille*. 3. ed., Paris: Lextenso éditions, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica - arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, v. 789, jul. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. *In: Questões Controvertidas: Parte Geral do Código Civil*. (Coord. Mário Luiz Delgado, Jônes Figueirêdo Alves). São Paulo: Método, 2007, v. 6.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da Personalidade: aspectos gerais. *In: Estudos de Direito Civil*. (Coord. Antônio Chaves). São Paulo: RT, 1979.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Duarte de Roboredo Sampaio e. *Família e divórcio*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1906.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2004, v. 1, t. 3.

MILL, John Stuart. *Principes d'Économie politique*. (trad. H. Dussart et Courcelle-Seneuil). Paris: Guillaumin et Cie Libraires, 1861, v. 2.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. (atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto). 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de. *Esprit des lois*, Liv. XXVII. *Apud*. TAULIER, Marc Joseph Frédéric. *Théorie raisonnée du code civil*. Grenoble: Prudhomme; (Paris: Videcoq; A. Delhomme), 1843, v. 3.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Walter. Direito ao corpo. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 2 (nova fase), 1996.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista dos Tribunais*, v. 590.

MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: RT, 2007.

MOURA, Mário Aguiar. *Concubinato*. 6ª ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1985.

MURAT-SEMPIETRO, Marie-Pierre, TRAMBOUZE, Violaine. *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*. Paris: Litec, 2006.

NIBOYET, Frédérique. *L'ordre publique matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de Direito das Sucessões*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Ribeiro dos Santos, 1936, v. 1.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de Herança*. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, José Joaquim Machado de. Qual era a condição social do sexo feminino entre os indígenas do Brasil? *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typ. de João Ignacio da Silva, 1863, t. 4, n. 14.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. (atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira). 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. (trad. Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESSOA, Cláudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

PHILLIPS, Roderick. *Desfazendo o nó: Breve história do divórcio*. (trad. Silva Matos e Lemos). Lisboa: Terramar.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v. 7, t. II.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974, v. 9.

POTHIER, Robert Joseph. *Traité du contrat de mariage*. Paris: Debure Pere, 1771, t. 1.

POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres contenant les traités du droit français*. Bruxelles: Imprimerie de Ode et Wodon, 1830, v. 4.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da Pessoa Humana e Boa-Fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAVATIER, René. *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil Aujour'hui*. Paris: Dalloz, 1959.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUZA, Sylvio Capanema. *Comentários ao novo Código Civil: Das várias espécies de contrato. Da troca ou permuta. Do contrato estimatório. Da doação. Da locação de coisas. Arts. 533 a 578*. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 8.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2005.

SZRAMKIEWICZ, Romuald. *Histoire du droit français de la famille*. Paris: Dalloz, 1995.

TAYLOR, Charles. *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In: Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOBEÑAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Réus, 1952.

TOMASINI, Raffaele. *Soggetti e area del danno risarcibile: l'evoluzione del sistema*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2001.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VASSEUR-LAMBRY, Fanny. *La famille et la Convention Européenne des droits de l'homme*. Paris: L'Harmattan, 2000.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito das Sucessões*. 10^a ed., São Paulo: Atlas, 2010.

VIAL, Géraldine. *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*. Paris: Dalloz, 2008.

VILLELA, João Baptista. *Jornal Carta Forense*. Emenda Constitucional nº 66 - Outras Impressões, 5 de outubro de 2010. In: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6075>. Acesso em: 18.12.2011.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 14^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v. 6.

WARDLE, Lynn Dennis, NOLAN, Laurence. *Family Law in the USA*. Great Britain: Kluwer Law International, 2011.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3^a ed., (trad. A. M. Botelho Hespanha). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.