

Direito & Diversidade

Publicação do Curso de Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso - Unidade Botafogo - Ano 03, Nº 4, maio 2015

ISSN 2316-1280

Artigos

Notícias

Discurso do Paraninfo

Normas de publicações

The logo for FACHA, featuring the word "FACHA" in a bold, white, sans-serif font. The letters are set against a dark blue background. The letters "A" and "H" are stylized with white swooshes that curve around them, creating a sense of motion or a modern, dynamic feel. The logo is positioned in the bottom right corner of the page.

FACHA

Professor Dr. Eduardo Domingues

Coordenador do Curso e Editor da Revista

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Com essas palavras, a Constituição Federal inicia, através do artigo 226, seu Capítulo VII, que trata da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso. Mais que positivar a necessidade de especial proteção da família pelo Estado, por meio de leis e políticas públicas, a Constituição reconhece um fato social; simples, elementar e, ainda assim, eloquente: a família é a base da sociedade brasileira.

Por base da sociedade havemos de entender que a família estrutura a sociedade, suas instituições e atividades. É a partir da família que se constrói uma política de saúde, com informação e acesso ao planejamento familiar, com atenção à saúde da gestante e atendimento aos idosos. A partir da família se constrói uma política educacional, com apoio no aprendizado de convivência, compartilhamento e respeito que se dá em casa, nas praças e nos parquinhos, para então iniciar-se a educação formal acadêmica nas escolas. De acordo com o Código Civil (art. 1.634), aos pais compete exigir dos filhos obediência, respeito e os serviços próprios de sua condição e idade. Assim, já no seio familiar, a criança e o adolescente iniciam o aprendizado das relações de hierarquia e trabalho, tornando-se um cidadão consciente de seus direitos, deveres e responsabilidades, o que é essencial para a organização de um mercado de trabalho ético.

E que família é essa que conta com especial proteção do Estado? A Constituição reconheceu três formas de organização familiar, a relação de paternidade que o indivíduo mantém com os filhos (família monoparental) e a relação de afeto entre dois indivíduos, através da formalização de um casamento ou da ocorrência da união estável. Mas o fato social família pode ser muito mais amplo que essas três modalidades, cabendo ao Direito identificar e proteger outros fenômenos de organização familiar, em seus aspectos moral, social e patrimonial.

Dá a importância dos artigos deste 4º número da Revista Direito & Diversidade, que buscam tratar de temas afeitos aos aspectos patrimoniais da família, como é o caso do trabalho de André Luiz de Saboya Moledo, que aborda a complexa questão da divisão da herança entre o viúvo e os descendentes do falecido e também do trabalho de Leonardo Gomes de Aquino, que versa sobre a inclusão dos enteados como herdeiros necessários, ampliando o conceito de família. Não é diferente com o artigo de Julia Kertesz Renault Pinto, que explicita como o direito foi moldado para atender uma visão de Estado no Nacional Socialismo, aniquilando famílias e relações sociais, despersonalizando indivíduos e tornando-os instrumentos dos desígnios estatais. Seguem os trabalhos e aguardemos os outros que virão para contribuir com o debate.

CONSELHO EDITORIAL

EDITOR

Eduardo Domingues

CONSELHO EDITORIAL

Membros

Antônio Mauro (FACHA)
Aurélio Wander Bastos (UNIRIO)
Carolina Médici (FACHA)
Cristiano Vecchi (FACHA)
Daniel Homera de Carvalho (UCAM)
Eduardo Loureiro Lemos (AGU)
Fábio Corrêa Souza de Oliveira (UFRJ, UNIRIO, UNESA)
Leonardo Gomes de Aquino (UNIEURO)
Leonardo Teixeira (FACHA)
Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho (TJRJ)
Marcos Jorge Catalan (UNISINOS, UNILASALLE)
Paulo Lins e Silva (Advogado)
Renato Ferreira (IESB)
Rosângela Gomes (UERJ e UNIRIO)
Sonia Rabello de Castro (UERJ)
Vicente Barretto (UERJ e UNESA)

CORPO DOCENTE

Prof. Ms. André Brugni de Aguiar
Prof. Dr. Antônio Mauro Muanis de Castro
Prof. Ms. Carlos Augusto Ferreira Lima Junior
Prof.^a Ms. Carolina Maria de Aquino Medici
Prof.^a Esp. Cláudia Maria Coelho Jansen
Prof. Ms. Cristiano Brandão Vecchi
Prof. Ms. Daniel Machado Gomes
Prof. Dr. Eduardo Garcia R. Lopes Domingues
Prof.^a Esp. Flávia Fernandes Aguiar de Alencar
Prof. Dr. Gabriel Gutierrez Mendes
Prof.^a Esp. Giowana Cambrone Araújo
Prof.^a Ms. Huguette Rego Rodrigues
Prof.^a Ms. Ieda Tatiana Cury
Prof. Esp. João Fernando de Oliveira Coelho
Prof. Ms. João Paulo do Prado Campos
Prof. Esp. Jorge Aurélio Ribeiro Domingues
Prof. Esp. Júlio Dornelles Goulart
Prof. Dr. Leonardo Jacinto Teixeira
Prof. Dr. Leonardo Rabelo de Matos Silva
Prof. Ms. Leonardo Vizeu Figueiredo
Prof. Ms. Marcelo Dealtry Turra
Prof.^a Dr.^a Maria Paulina Gomes
Prof.^a Ms. Marta Maria Alonso da Siqueira
Prof. Dr. Oswaldo Munteal Filho
Prof. Ms. Paulo Gustavo Saldanha Auler
Prof.^a Ms. Silvia Ignez Silva Ramos
Prof. Ms. Tito Henrique Silva Queiroz
Prof.^a Ms. Verônica Lagassi

EXPEDIENTE

Diretor Geral:

Prof. Paulo Alonso

Editor:

Prof. Eduardo Domingues

Vice Diretora Geral:

Márcia Alonso Pfisterer

Coordenador do Curso de Direito:

Prof. Eduardo Domingues

Coordenadora Acadêmica:

Prof.^a Denise Azeredo

Projeto Gráfico e Diagramação:

André Cunha e Gilvan Nascimento

Contato: revista.direito@facha.edu.br

ÍNDICE

06

A Teoria do Direito no Nacional Socialismo

Julia Kertesz Renault Pinto

32

Possibilidade de Inclusão dos Enteados como Herdeiros Necessários o Fator Afetividade

Leonardo Gomes de Aquino

56

A Concorrência do Cônjuge com os Descendentes no Regime da Comunhão Parcialde Bens

André Luiz de Saboya Moledo

84

Notícias da FACHA

92

Discurso do Paraninfo

Flávia Fernandes Aguiar de Castro

96

Normas de Publicação

A teoria do direito no nacional socialismo

Julia Kertesz Renault Pinto

Graduada em Direito. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013).
Doutoranda em Direito pela Universidade de Viena (desde 2013).
Atua nas áreas de Direitos Humanos, Direito Constitucional e História do Direito.

RESUMO

O presente artigo procura delimitar alguns dos principais aspectos referentes à teoria do direito no nacional socialismo. Esta baseou-se, principalmente, no chamado pensamento da ordem concreta, a partir do qual foram justificadas e desenvolvidas as fontes do direito e os princípios norteadores da ordem jurídica no nacional socialismo.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito. Nacional Socialismo. Totalitarismo.

ABSTRACT

The present paper aims at analysing some of the main aspects related to the theory of law in the National Socialism. This theory was based, mainly, on the so-called thought of the concrete order, through which the sources of law and the guiding principles of the national socialist legal order were justified.

KEY-WORDS

Theory of Law. National Socialism. Totalitarianism.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar alguns aspectos referentes à teoria do direito durante o nacional-socialismo (1933-1945), nomeadamente a sua vinculação ao chamado pensamento da ordem concreta. A inspiração para o tema surgiu a partir da leitura de um texto do Hubert Rottleuthner¹ sobre o positivismo e o nacional socialismo, no qual, em suma, o autor defende que nem o positivismo, nem o direito natural (referindo-se, claramente, a Radbruch) são capazes de prover *standards* que distingam claramente quando a injustiça começa e o que fazer perante ela. Na verdade, para Rottleuthner, o que nós aprendemos com o nacional socialismo é que tudo pode ser justificado e que nem o direito natural, nem as teorias legais, as normas e mesmo as Constituições são garantias contra regressões político-legais.

O texto do Rottleuthner nos achou a atenção, pois pouco tem sido estudado, no âmbito jurídico, sobre o nacional socialismo. Gostaríamos, portanto, de esclarecer alguns pontos da teoria do direito nacional socialista que, a nosso ver, continuam obscuras. Sem excluirmos a análise feita por Rottleuthner de que tudo pode ser justificado, preferimos, partindo do pressuposto de que há uma teoria do direito própria ao nacional socialismo, adentrar em alguns dos seus aspectos: a concepção de direito e lei nacional socialista, as fontes do direito no nacional socialismo, bem como o confronto, quase que inevitável, da teoria do direito nacional socialista com o positivismo.

Partindo dessas premissas, começamos por estabelecer, para fins de enquadramento teórico, o totalitarismo no nacional socialismo (ou o nacional socialismo como totalitarismo), ou seja, no que consiste a definição de totalitário e a partir de quais fundamentos se pode afirmar que o nacional socialismo foi totalitário. A partir desse enquadramento conceitual, passamos, em seguida, à análise da concepção de lei e do direito no período ora tratado. Serão consideradas também as fontes do direito utilizadas, cruciais para que possamos compreender o

papel dos juízes na época. Na última seção, será abordado o confronto da perspectiva nacional socialista com a perspectiva positivista. Por fim, seguem as conclusões.

1. O NACIONAL SOCIALISMO COMO TOTALITARISMO

O estabelecimento de um regime verdadeiramente totalitário² na Alemanha só foi possível durante a 2ª guerra, após a ocupação alemã no leste europeu. Isto porque, a existência de um governo totalitário só é possível e viável quando há grandes massas supérfluas que, podendo ser sacrificadas, não resultam no despovoamento de um ou mais territórios. Dessa forma, foi a ocupação alemã no leste que forneceu uma grande massa de pessoas e possibilitou a criação dos campos de extermínio, estabelecendo, portanto, um regime verdadeiramente totalitário na Alemanha³.

A ideia de domínio nacional socialista baseava-se na dominação permanente de todos os indivíduos em todas as esferas da vida. Esse tipo de domínio só é realizável por um movimento totalitário constantemente acionado. Caso os homens não sejam totalmente dominados em todos os aspectos da vida, o governo totalitário não alcança o poder ilimitado. A principal arma utilizada na busca pela dominação dos indivíduos foi a ideologia que, no nacional socialismo, consistia basicamente na concepção de *völkisch*⁴. Dessa forma, mais que um sistema meramente coercitivo, o totalitarismo “was a form of life of the racial *Volk*”⁵.

O controle da sociedade é alcançado, precipuamente, por meio de cinco técnicas: pelo princípio da liderança (*Führerprinzip*), que implica a orientação pelo alto e a responsabilidade para o alto; pela sincronização de todas as organizações sociais, não somente para controlá-las, mas também para fazê-las úteis ao aparelhamento estatal; pela criação de elites de vários níveis, de modo que o *Führer* pudesse controlar as massas “from within and

to disguise manipulation from without, i.e., to supplement bureaucracies in the narrow meaning of the term with private leadership groups within the various strata of the population.⁶⁷ Em quarto lugar, pelo isolamento do indivíduo que o coloca em organizações de massa indiferenciadas, deixando-o isolado e mais facilmente manipulável. Por fim, pela transformação da cultura em propaganda, ou seja, a transformação de valores culturais em commodities vendáveis⁷.

Ademais, cabe ressaltar que a teoria totalitária não visava “somente” o controle dos indivíduos, mas também servia como instrumento para coordenar todas as atividades públicas. O controle absoluto proveniente do topo, por via da *Gleichschaltung*, de todas as atividades dos estados e municípios eram também justificados na doutrina do Estado total⁸. “In contrast to the pluralistic and federalist Weimar Republic, the new state could not and would not brook the existence of autonomous public bodies within it.”⁹

A instituição central do poder organizacional totalitário, no entanto, converge e se instaura no *Lager* (campo de concentração). É no *Lager* que o domínio total realiza-se por completo, afirmando a diferenciação do totalitarismo em relação a outras formas de opressão política. Isto porque o domínio total, que unifica os seres humanos, como se pudesse transformar toda a humanidade em apenas um indivíduo, só é possível quando todas as pessoas sejam reduzidas às mesmas identidades de reações¹⁰. Nesse sentido, Bernd Rüthers afirma que no *Lager* não há os direitos dos homens e dos cidadãos nas suas singularidades. Os homens viram o meio para os fins estatais¹¹. Os prisioneiros nos campos de concentração são um meio para o domínio total e, ao mesmo tempo, a sua concretização mais radical.

Para Hannah Arendt, o nacional socialismo obedece rigorosamente à Lei da Natureza que, em suma, afirma a sobrevivência dos mais aptos, dos racialmente superiores em detrimento das raças inferiores. A legitimidade

totalitária desafiaria a legalidade, pretendendo estabelecer o reino da justiça na Terra, a partir da execução da Lei da Natureza. Esta não pretende estabilizar as ações dos homens, mas, ao contrário, ela própria torna-se movimento, ela é a expressão do movimento, que se realiza pelo terror. A suposta função do terror é acelerar o movimento da Lei da Natureza, objetivo que seria alcançado no *Lager*¹².

O totalitarismo destrói, como analisaremos adiante, a tradição jurídica presente até então, desafiando as leis positivas e instituindo novas fontes do direito. Ao contrário do que se poderia afirmar, o nacional socialismo, como totalitarismo, não operou sem vinculação às leis, de modo que recorreu às fontes de autoridade que decidiam pela legitimidade final das leis positivas¹³. O desafio do governo totalitário às leis positivas “pretende ser uma forma superior de legitimidade que, por se inspirar nas próprias fontes, pode dispensar legalidades menores”.¹⁴

O estatuto básico nacional socialista foi o *Enabling Act (Ermächtigungsgesetz)* de 24 de março de 1933, intitulado “An act to relieve the Distress of the People and the Reich”. Promulgado pelo Reichstag no dia 5 de março de 1933, o *Enabling Act* foi considerado a Constituição preliminar do *Reich*¹⁵. Ele permitia ao gabinete o poder ilimitado de legislar com a possibilidade de extrapolar as previsões constitucionais (afinal, “o presidente do Reich precisa ser visto como guardião de toda essa ordem constitucional”¹⁶).

Além da possibilidade, tanto difundida por Carl Schmitt¹⁷, do presidente do Reich legislar livremente, o *Enabling Act* possibilitou ao nacional socialismo a tomada do poder por meios constitucionais, embora certamente discutíveis¹⁸.

Dessa forma, o sistema sobre o qual o positivismo moderno-iluminista baseava-se, ou seja, em concepções legais gerais, igualmente aplicado em todos os casos, não mais se sustentaria¹⁹. Na próxima seção, analisaremos quais foram as concepções legais desenvolvidas e as fontes do direito no nacional socialismo.

2. DO DIREITO NO NACIONAL SOCIALISMO

A teoria do direito durante o nacional socialismo é ainda, sem dúvida, negligenciada²⁰. David Fraser²¹, por exemplo, enfatiza o problema da periodização do direito que foi concebida “depois de Auschwitz”. O direito “posterior à Auschwitz”, segundo este autor, desenha uma linha de delimitação pelo horror, visto que inscreve o período de 1933-1945 como um período exterior à lei. O fato do nacional socialismo ser obscurecido nas recentes teorias legais poderia ser explicado, segundo Rottleuthner, pela perspectiva de que esse período foi meramente uma interrupção, uma exceção, uma digressão no curso da história.

Sem adentrarmos nos inúmeros motivos que justificariam a falta de atenção dada ao tema, embora eles nos sejam importantes, gostaríamos de partir do pressuposto que não faltou ao nacional socialismo qualquer justificção teórica própria. Primeiramente, analisaremos a concepção de direito formulada no nacional socialismo. A partir desta concepção, analisaremos as fontes do direito na época, bem como o papel dos juízes no nacional socialismo.

2.1. DA CONCEPÇÃO DE DIREITO NO NACIONAL SOCIALISMO

Com a ascensão dos movimentos liberais, o contratualismo, reconhecidamente moderno-iluminista, problematiza a questão político-jurídica “da constituição do poder legítimo que deveria assumir também a legislação, o poder de legislar, e, portanto ou em último termo, a titularidade exclusiva do direito como lei, lei jurídica-positiva”²³. A generalidade da lei positiva adquire, então, uma posição central no sistema legal. Apenas a norma, que possui um caráter geral, é considerada como lei.

Três elementos caracterizam a lei: ela deve ser geral na sua formulação (abstrata), sua generalidade (abstração) deve ser específica e a lei não deve ser retroativa. Essa caracterização implica necessariamente na distinção entre leis específicas e *Generalklauseln*²⁴.

Propositions like the following: that contracts which violate public policy or are unreasonable or immoral (§ 138 of the German Civil Code, BGB) are null and void; or that he who damages someone in a way which violates good morals is responsible for indemnities (§ 826); or that he “who commits an act which has been declared punishable under the law or which is deserving of punishment because it is in conflict with healthy popular sentiment” shall be punished (§ 2 of the Criminal Code for the German Reich as formulated by the Law of June 28, 1935), are not specific laws with true generality. They embody rather a spurious generality. (...) A legal system which derives its legal propositions primarily from these so-called *Generalklauseln* or from “legal standards of conduct” is nothing but a mask under which individual measures are hidden. On the other hand, rules like the following: the legal existence (rights and responsibilities) of a person begins with his birth (§1 of the German BGB), or that the transfer of landed property is effected by agreement of the parties concerned and registration in the registry of landed property (§ 873 of the German BGB) are legal norms because all the essential facts to which the norm refers are clearly defined and because there is no reference to moral standards which are neither generally binding nor accepted as binding. If the fun-

damental principles or the essential parts of a legal system are placed under the rule of such *Generalklauseln*, then one can no longer speak of the rule of a general law²⁵.

Esse sistema legal do qual falamos, com a primazia da lei jurídico-positiva, é considerado um sistema fechado, cuja função do juiz seria simplesmente aplicá-lo. O direito, portanto, só poderia ser encontrado dentro desse sistema que, livre de qualquer contradição lógica e sendo plenamente coerente, era composto por leis positivas. As principais ideias que constituem essa teoria são: a pessoa legal (legal person), que abrange tanto a pessoa física como a pessoa jurídica; os direitos privados subjetivos, que expressam a liberdade individual baseada sobre o direito objetivo; e o contrato, sobre o qual todas as relações humanas deveriam ser reduzidas. De acordo com essa teoria, o Estado também era uma pessoa legal. O portador da soberania não eram grupos sociais, mas o *Staatsperson*, que atua mediante intermediários. A esse pensamento jurídico deu-se o nome de positivismo que, como veremos adiante, foi desafiado por Carl Schmitt.

No governo nacional socialista totalitário, as funções das *Generalklaseln* ficam evidentes, pois tratam de harmonizar as leis positivas, anteriores ao nacional socialismo, à autoridade do *Führer*, na medida em que aquelas fossem contrários a este. As *Generalklaseln* permitem que os juízes emitam decisões de acordo com as opiniões políticas dominantes mesmo que as leis positivas as contrariem. Dessa forma, o direito seria, na perspectiva nacional socialista, a liderança do *Führer*. É ele que, vinculado ao direito da vida da comunidade étnica (racial), expressa a liderança por meio de leis ou decretos.

Cabe a ressalva que, quando falamos em liderança do *Führer*, comando ou autoridade do *Führer*, estamos, principalmente, nos referindo ao chamado *Führerprinzip* (princípio de autoridade) que implica na concentração da autoridade nas mãos de um líder, o *Führer*. Essa

concentração demanda a preponderância absoluta do líder em relação aos seus subordinados. Na tentativa de compreendermos o direito no nacional socialismo é indispensável que tenhamos em vista que a concentração da autoridade nas mãos do *Führer* significa que o poder político é também dado a ele, que o executa sem quaisquer restrições. É nesse sentido que “a palavra do *Führer* suplanta quaisquer leis escritas pelo fato dele expressar a vontade do *Volk*”.²⁷

Ademais, é o Movimento Nacional-Socialista, cujo dirigente supremo é o *Führer*, composto pelo partido nacional socialista (NSDAP) e pelo seu programa (os famosos 25 pontos do programa do NSDAP) que, juntamente com o seu líder, avaliam se a legislação existente está em conformidade com a vontade não somente do líder, mas também do NSDAP e do seu programa (que, afinal, acabam por reunirem-se em uma só vontade: a do soberano).

Nesse sentido, o direito é um mero instrumento para a execução de certos objetivos políticos ou, em outras palavras, para a vontade do soberano²⁸. Dessa forma, a teoria do nacional socialismo não é a teoria positivista anteriormente citada, mas, ao contrário, é institucionalista ou, como também é denominada, a teoria da ordem concreta²⁹. O núcleo do institucionalismo é a eliminação da pessoa legal do sistema jurídico, a separação da instituição do conceito de pessoa legal e a absolutização da instituição. O conceito da pessoa legal é substituído pelo status legal concreto de um membro de uma comunidade racial. A instituição é uma unidade, um todo, no qual os indivíduos são integrados³⁰.

O positivismo moderno-iluminista era associado pelos nazistas à herança liberal, logo deveria ser afastado. Isto porque “a democracia liberal era alvo de especial abominação por parte dos filósofos do direito e dos juspublicistas de então. Queria-se construir e ajudou-se a construir o ‘Estado autoritário, o ‘Estado total’, ou seja, o *Führerstaat*”.³¹

Para Franz Neumann³², o positivismo jurídico é eliminado na teoria legal nacional socialista, mas não apenas substituído pelo institucionalismo. Para este autor, os elementos decisionistas³³ são preservados: primeiramente, pela eliminação do conceito racional de lei e, ademais, pela exclusiva concepção política do direito. A razão para a complementaridade dos elementos decisionistas ao institucionalismo deve-se ao fato de que a teoria institucionalista nunca é capaz de responder quais instituições, em certas circunstâncias, são elementares e quais poderiam ser consideradas como estruturas instrumentais. Da mesma forma, a teoria institucionalista não estipula qual tipo de regulação das instituições seriam apropriadas para uma determinada situação. Nem tampouco define o significado de “status concreto de um membro do grupo”. Essas decisões devem ser tomadas pelo aparato do Estado autoritário, que utiliza a liderança do *Führer* como meio técnico.

É nesse sentido a afirmação segundo a qual a racionalidade nacional socialista, em contraposição à racionalidade positivista, não significa regras abstratas universalmente aplicadas, cujas consequências poderiam ser calculadas por aqueles que por elas são afetados. Ao contrário, a racionalidade aqui significa que todo o aparato legal é construído exclusivamente a favor daqueles que governam, adaptando-se, moldando-se de acordo com o caso concreto.

Da mesma forma, no nacional socialismo, a regra legal poderia ter apenas um caráter provisório, ou seja, ela poderia ser mudada por qualquer aviso e mesmo retroativamente. Como vimos anteriormente, o poder ilimitado de legislar dado ao *Führer* possibilitaria amplamente que as regras legais possuíssem as características citadas acima. Cabe ressaltar que nenhuma Corte teria o direito de contestar a legalidade ou constitucionalidade de qualquer lei decretada sob a autoridade do *Führer*³⁵.

Assim, se a lei geral é o fundamento formal da lei e se a lei não é apenas *volutas*, mas também *ratio*, então a lei

de um Estado autoritário não possui qualquer caráter legal. Se uma teoria não dispensa o poder como princípio, a completa generalidade da lei é impossível .

O ponto central da teoria legal nacional socialista é justamente a absoluta negação da generalidade da lei e, conseqüentemente, da separação de poderes. Afinal, a separação de poderes era “evidentemente, denunciada como construção tipicamente liberal, aniquiladora de toda a verdadeira estrutura de chefia”.³⁷ Sob a categoria da unidade de liderança, o poder do Estado forma um todo indivisível. Qualquer homem e qualquer situação concreta devem estar de acordo com uma regra particular ou, em outras palavras, com uma decisão individual.

Nesse sentido, a principal função do direito no nacional socialismo é a preservação da existência racial. “It must therefore stress biological differences and deny social or legal equality and civil rights. (...) The authority of the judge now rests upon the pronouncements of the Leader.”³⁸ Não por acaso, Kirchheimer afirma que as garantias nas quais o direito embasa-se não situam-se mais nas leis, mas na orientação da visão de mundo nacional socialista.³⁹

Essa visão de mundo nacional socialista pode ser considerada, juntamente com as características do totalitarismo expostas na primeira seção, a visão *völkisch*, isto é, a permanência dos mais aptos em detrimento das chamadas raças inferiores. À essa perspectiva, acrescentava-se ainda o *Führerprinzip*, bem como o NSDAP e o seu programa.

2.2. DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO NACIONAL SOCIALISTA

Como analisado anteriormente, o direito no nacional socialismo tinha como função servir de instrumento para concretizar a sua ideologia, baseada, precipuamente, na concepção de *völkisch*. Havia, no entanto, alguns princípios norteadores desta função instrumental do direito.

Primeiramente, poderíamos considerar o NSDAP, juntamente com o seu programa. Em segundo lugar, a predominância da raça nórdica, sendo os grandes, os maiores inimigos do *Volk*, os judeus. Em terceiro lugar, o chamado princípio da autoridade ou *Führerprinzip*. Em quarto lugar, a perspectiva do direito nacional socialista enquadrava-se, evidentemente, na perspectiva de mundo nacional socialista e, portanto, servia de instrumento a essa perspectiva de mundo. O direito devia obediência a essa visão de mundo, atendendo às prerrogativas do *Volk*. Nesse sentido e, por último, o direito nacional socialista permitia a concretização do direito do inimigo. O que não é de se estranhar, pois se a função desse direito é justamente atender à Lei da Natureza, acelerando o seu movimento, óbvio seria que este direito concentrasse e integrasse em si mesmo a ideia de inimigo.

Toda essa visão do direito era considerada, na época, uma verdadeira renovação do direito nacional socialista que, segundo Bernd Rüthers, levou a perversão do direito. Essa renovação teve, dentre outras consequências, o enfrentamento evidente com o positivismo moderno-iluminista, pois a legalidade totalitária, baseada na Lei da Natureza, tinha como finalidade estabelecer a lei da justiça na Terra. Esta lei deve ser entendida como a justiça suprema nacional socialista, ou seja, a pureza racial. O nacional socialismo precisava, portanto, de uma concepção de direito concatenasse o direito com a execução da Lei da Natureza pela qual todos os indivíduos já estariam, *a priori*, submetidos. Essa concepção de direito é chamada institucionalista, tal como exposto na presente seção.

Resta-nos, então, analisar quais foram as fontes do direito no nacional socialismo. A partir dessas fontes, serão feitas algumas considerações sobre a atuação dos juízes nacional socialistas.

2.3. DAS FONTES DO DIREITO NO NACIONAL SOCIALISMO

As fontes do direito no nacional socialismo são basicamente três: a raça e o Volkstum (etnia alemã vinculada à identidade cultural alemã); o *Führertum* (liderança do *Führer*); e, por fim, o programa do NSDAP⁴¹. Essas fontes serviam de parâmetro para a adequação das leis anteriores ao nacional socialismo ao período posterior a 1933. Assim, todas as leis que, anteriores a 1933, fossem consideradas incompatíveis com as fontes acima elencadas, deveriam ser afastadas pelo juiz competente para julgar o caso concreto.

Nesse sentido, para Marcuse⁴², houve um fortalecimento da autoridade do juiz, na medida em que este teria sido libertado das algemas das leis escritas. O que o direito nacional socialista fez, segundo esse autor, foi subordinar o juiz a certos standards, como o sentimento da comunidade racial (*Rechtsempfinden*), que seriam, na verdade, conveniências meramente políticas. Estas, embora baseadas em ideias extremamente abertas, como *Volk*, *Führerprinzip*, *Volkstum* e *Rasse*, excluíam, na verdade, qualquer universalidade.

Por isso, fala-se na liberdade do juiz quando, na sua decisão, se baseia nas chamadas *Generalklauseln*. Estas serviriam para destruir o sistema das leis positivas, para destruir a racionalidade do direito, pois permitiriam decisões baseadas em opiniões políticas dominantes, mesmo quando as leis positivas as contrariassem.

O ponto central quando se analisa o direito, bem como as fontes do direito no nacional socialismo é a compreensão de que o *Führer* não só “detinha o poder governativo máximo, mas também era o legislador e o juiz supremo”. É assim que consensualmente se entendia que o direito deveria ser interpretado à luz do nacional socialismo, cujas fontes jurídicas elencamos acima. Essa interpretação de nada é estranha se entendermos que é o *Führer*, dirigente máximo do NSDAP, que legisla

de acordo com a sua vontade e, portanto, acaba por ser igualmente o juiz supremo.

Disso resulta que o juiz não estava vinculado ao direito “pré-revolucionário”, mas antes sua função era a de adequar este direito às novas fontes surgidas após 1933. Se, para Marcuse, o juiz teria a sua autoridade fortalecida, para Neumann, o juiz havia se tornado um verdadeiro policeman⁴⁴.

O fato é que se foi dado ao juiz alguma margem de apreciação para avaliar o direito “pré-revolucionário” em relação às fontes nacionais socialistas, ao mesmo tempo, o juiz era fortemente desencorajado “from making similar inquires into any piece of Nazi legislation”.⁴⁵ Dessa forma, “in its judiciary the Third Reich has created an almost perfect tool for the realization of its orders.”⁴⁶

The judiciary has lost much of its earlier importance as an agency for deciding differences between various groups and between individuals. The judicial statistics amply prove this thesis. (...) The number of legal procedures shows a startling decline. Thus, for instance, the roles of those courts which had jurisdiction over civil disputes (...) show a decline from 319,000 cases in the prosperity year of 1929 to 112,000 in 1937. That does not necessarily means that the courts are going out of business. But they have thoroughly changed their character.⁴⁷

A mudança no caráter das Cortes ocorre de modo que, de órgãos da sociedade independentes, elas tornam-se órgãos executivos do governo. E, como qualquer lei, pela qual o juiz baseia a sua decisão, pode mudar a qualquer momento, qualquer decisão inoportuna só terá o efeito de mudar, igualmente, a decisão anteriormente proferida. Ou seja, uma nova decisão deverá ser proferida para se adequar à nova lei. Por isso, afirma-se que no nacional socialismo há a retroatividade da lei. Em outras palavras,

isso significa que nenhuma decisão considerada indesejável, pode permanecer inalterada. Pelo contrário, a ideia é justamente modificar a decisão sempre que a ela for atribuída qualquer caráter inoportuno. Por exemplo, uma seção especial do *Reichsgericht* era diretamente responsável por rever as decisões proferidas em sede judicial e fazer os devidos ajustes na direção da vontade do Führer, tal como indicados pelo *Oberreichsanwalt*⁴⁸.

The first case to be carried before the Special Section was as follows: A man known for a long time to be homosexual had profited from the blackout to force a younger man to become the object of his desires. A Special Court had sentenced the offender to hard labor. There are no appeals by either the defendant or prosecutor from sentences imposed by Special Courts. Nevertheless, under the new law, the case was reopened before the Special Section of the *Reichsgericht* at the request of the *Oberreichsanwalt* and terminated, as desired, in a death sentence.

Isso demonstra que o juiz, como qualquer outro funcionário administrativo, é responsável pelo conteúdo das suas decisões. Quando a contínua pressão do partido demonstrava não haver qualquer utilidade na manutenção de um juiz no cargo, facilmente ele poderia ser exonerado ou transferido.

Cabe ressaltar que o NSDAP estabeleceu a sua própria jurisdição sobre os seus membros e sobre as suas subdivisões especiais, como os SS. O Exército, igualmente, reestabeleceu as suas Cortes. Dentro, portanto, de cada grupo que, no nacional socialismo, tivesse poder e influência política, era necessário (para esses grupos) que houvesse uma relativa autonomia jurisdicional. Até porque o *Führerprinzip*, ou seja, a garantia da hierarquia e da onipotência do grupo era

indispensável para o fortalecimento do próprio grupo, em contraposição ao indivíduo.

As atividades repressivas eram exercidas pela chamada Corte do Povo, pelas Cortes Especiais e pela polícia (no caso, SS), que integrava o partido. Cabe ressaltar que, exceto na Corte do Povo, os juízes haviam basicamente desaparecido da esfera criminal. Os júris, compostos por três juízes e seis outros membros, não mais existiam⁵⁰.

Assim como os direitos individuais não eram preservados na esfera criminal, tampouco eram preservados nas esferas econômicas ou políticas. A regulação legal das relações humanas tornou-se parte das demandas do cotidiano, uma das formas pelas quais o totalitarismo expressa a sua face jurídica. Atendendo às necessidades do cotidiano, o controle total atua sem mediações ou transmissões indiretas.

Com a necessidade constante de controlar todas as esferas da vida do indivíduo e com a valorização dos grupos em detrimento dos indivíduos, que deveriam permanecer no isolamento (aqui entendido como isolamento enquanto indivíduo), de fato, o juiz parecia adquirir um papel mais central. Ocorre que, como expomos anteriormente, o próprio juiz estava subjugado pelo controle do poder central, por pressão, em especial, do partido. Se o seu papel era fortalecido, como afirma Marcuse, ele era certamente também arriscado.

Bernd Rüthers⁵¹ faz uma distinção entre o papel dos juízes e o papel dos professores e autores do direito. Para Rüthers, os juízes têm que proferir sentenças. Os professores e autores do direito, ao contrário, não estariam sujeitos à obrigação de escrever, no sentido de uma transformação jurídico-política dos conteúdos materiais essenciais de um ordenamento jurídico. Quem, depois de 1933, interveio como autor científico, escrevendo a favor da “renovação jurídica racista”, no sentido nacional socialista, atuou voluntariamente e sabendo por que o fazia. Isso também contaria para o juiz que se desviou da lei vigente e proclamou novas fontes

e ideias jurídicas como direito superiormente válido. A produção desses juízes obedeceu rigorosamente à ideologia dominante, em vez de submeter-se às leis válidas. Também eles sabiam por que o faziam. Para Rüthers⁵², no entanto, há uma distinção:

Las armas para esa perversión jurídica ideológicamente inspirada fueron forjadas con infatigable celo por una cuadrilla de autores científicos, la mayor parte profesores o docentes, que inscribieron en sus banderas la total renovación racista-populista de todo el derecho. Los instrumentos de la conversión jurídica fueron suministrados a la praxis de la justicia por las universidades, primeiramente en la forma primitiva de reglas de sentido común, posteriormente en pulidas construcciones conceptuales y estrategias de interpretación. Aparece infundada la inquietud de que la participación de las teorías jurídicas y de los profesores de derecho en la preversión jurídica en el nacionalsocialismo sería ya cubierta con exceso, cuando uno – después de un vasto análisis de la justicia nazi – describe sistemáticamente las doctrinas jurídicas de esos años. (...) Las armas para ese cambio de sentido de la interpretación fueron forjadas por la teoría; la praxis judicial las hizo suyas y las transformó en la realidad del “Estado total” y de la “guerra total”.

Nesse processo de transformar em realidade a mudança de sentido da interpretação, cabia ao juiz aplicar as leis posteriores à “Revolução”, interpretá-las de acordo com as fontes acima elencadas e com o espírito do nacional socialismo. Da mesma forma, cabia também ao juiz afastar as leis anteriores à ascensão do nacional socialismo, caso elas fossem contrárias às fontes do direito nazista.

Feitas as considerações sobre a concepção de direito no nacional socialismo, bem como sobre as fontes do direito e o papel atribuído aos juízes nesse período, adentraremos na próxima seção no confronto entre a teoria nacional socialista e a teoria do direito positivista.

3. A TEORIA DO DIREITO NO NACIONAL SOCIALISMO: DA PERSPECTIVA POSITIVISTA À PERSPECTIVA DO PENSAMENTO DA ORDEM CONCRETA

Como analisamos anteriormente, a concepção de direito nacional socialista contrapunha-se à concepção positivista moderno-iluminista do direito. Afirmamos também que a teoria do direito nacional socialista é instrumentalista, ou melhor, é a teoria da ordem concreta. No que consiste, entretanto, o pensamento da ordem concreta? Para Rùthers⁵⁴, este pensamento era uma fórmula mágica jurídico-metodológica, com a qual a renovação do direito nacional socialista poderia alcançar sem legislador, com fácil elasticidade e aparente elegância a aplicabilidade do direito.

As características principais desse pensamento jurídico foram : a ordem da vida está antes da norma jurídica, ou seja, não é a norma ou a regra que criam a ordem, antes a norma possui apenas certa função regulatória. A segunda característica é a função de mudança, de variável jurídica, o que significa, em outras palavras, que todas as ordens trazem dentro delas e com elas o direito. Assim, a comunidade, a família, a empresa têm com elas o direito, ou seja, ele é interno a elas. As normas legais apenas reprimem as demandas do *Volk*. A terceira característica é que para o pensamento da ordem concreta o direito não é diferente da real ordem de vida do povo. Isso significa que, como analisamos anteriormente, quando a lei vigente contraria a ordem da vida (vinculada nas fontes do direito acima citadas), prevalece a ordem da vida.

Dessas características, resulta que o pensamento da ordem concreta foi um instrumento de renúncia da lei em vigor. Ele se designa sobre a real ordem da vida, no caso, sobre a visão de mundo nacional socialista.

A partir dos postulados acima, é possível afirmarmos que a teoria do direito nacional socialista em nada se assemelha ao positivismo nem, tampouco, ao positivismo de Kelsen. Isto porque Carl Schmitt, um dos grandes responsáveis pelo arcabouço teórico-jurídico nacional socialista, desenvolve argumentações opostas a Kelsen quanto à natureza da política, quanto ao conceito de democracia e quanto às instituições jurídicas viáveis para a modernidade⁵⁶.

Para Schmitt, todo o direito é “direito situacional”. É o soberano que, decidindo sobre a exceção, cria e garante a situação como um todo na sua completude. Ele tem o monopólio da decisão⁵⁷.

Nisso repousa a natureza da soberania estatal que, corretamente, deve ser definida, juridicamente, não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório, em que a palavra decisão é utilizada no sentido geral ainda a ser desenvolvido. O estado de exceção revela o mais claramente possível a essência da autoridade estatal. Nisso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (para formular paradoxalmente), a autoridade comprova que, para criar direito, ela não precisa ter razão/direito. (...) Fica claro que um neokantiano, como Kelsen, não sabe, sistematicamente, o que fazer com o estado de exceção. No entanto, também aos racionalistas deveria interessar que a própria ordem jurídica preveja o caso excepcional e pode “suspender a si mesma”. (...) Seria racionalismo consequente dizer que a exceção nada prova e que somente o objeto normal pode ser de interesse científico.

A exceção confunde a unidade e a ordem do esquema racional. Na teoria do Estado positiva, encontra-se, frequentemente, tal argumento⁵⁸. (Grifo nosso)

A partir dessa passagem de Schmitt, fica claro que a norma jurídica não é o princípio regulativo eficaz da decisão. Este autor adere, portanto, à tese da indeterminação do conteúdo da decisão, cuja consequência é a necessidade de construir uma teoria normativa, na qual o fundamento de validade do direito não está na norma, mas na decisão, no monopólio decisório que repousa, por sua vez, no soberano.

Kelsen, absolutamente contrário à posição de Schmitt, era um defensor da Constituição. Segundo o autor, “a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder” , de modo a restar clara a surpresa de Kelsen ao deparar-se com o trabalho de Schmitt, O Guardião da Constituição:

É pois surpreendente o fato de uma nova coleção de monografias sobre direito público, as “Contribuições para o direito público da atualidade”, iniciar sua série com um trabalho que, com o título “O Guardião da Constituição”, está dedicado justamente ao problema da garantia da Constituição. Mais surpreendente ainda, porém, é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular. O que mais admira, porém, é que o mesmo escrito, que pretende restaurar a doutrina de um

dos mais antigos e experimentados ideólogos da monarquia constitucional – a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca, de Benjamin Constant – e aplicá-la sem qualquer restrição ao chefe de Estado republicano, tenha como autor e professor de direito público na *Berliner Handelshochschule*, Carl Schmitt⁶⁰.

Sem dúvida, o embate entre Kelsen e Schmitt, assim como o embate entre o positivismo e o pensamento da ordem concreta, tornaram-se famosos durante e após o período nacional socialista. O positivismo chegou a ser acusado, especialmente por Radbruch⁶¹, de ser o grande responsável por deixar os juristas da época sem defesa contra as atrocidades jurídicas cometidas com base no pensamento da ordem concreta. Rottleuthner, ao analisar o positivismo no nacional socialismo, afirma:

Instead of defenselessness we find efforts to ingratiate themselves in the form of declarations of loyalty on the part of leadership of the German Judge's Association (already on 19 March 1933, 4 days before the Act of Empowerment was passed) and an odious relief in view of the dissolution of the Republican Judge's Association. The installation of special courts (order of 3 March 1933), the pogroms against Jewish jurists (especially on 1 April 1933) and the law on restoration of the civil service (7 April 1933), the elimination of the unions in May 1933, and the dissolution of the rest of the political parties in July 1933 did not lead any protests. At the end of May, the German Judge's Association decided to bring itself into line with the association of National Socialist German Jurists, and on 15 December 1933, it dissolved itself entirely. (grifo nosso)

De fato, o que Rottleuthner procura demonstrar é que não foi o positivismo que deixou os juristas *defenseless*. O que ocorreu foi um apoio majoritário para que o nacional socialismo se instaurasse. Não foi a cega obediência à lei que forçou os juristas ou as pessoas em geral a aderirem ao Movimento. Foram os juristas, professores e docentes, que, como explicita Rùthers, criaram a teoria do direito nazista. Dentre eles, Carl Schmitt se destaca, mas é apenas um exemplo.

Dessa forma, entendemos que conhecer as justificativas jurídicas dadas, que possibilitaram a instauração e continuidade do nacional socialismo, nos ajuda a formular críticas ao regime, pois conhecendo essas justificativas, torna-se possível criar argumentações sólidas contrárias a elas, localizando as suas injustiças e problemáticas.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou delimitar algumas das principais características da teoria do direito no nacional socialismo, isto é, da teoria juridicamente construída que possibilitou a justificação legal de atrocidades várias durante o período ora tratado. Como exposto na segunda e terceira seções, a esta teoria convencionou-se chamar de pensamento da ordem concreta ou institucionalista.

O principal objetivo foi demonstrar que não faltou ao nacional socialismo nenhuma justificativa jurídica própria e que, inclusive, esta contou com a ativa participação de inúmeros juristas da época, dentre eles, Carl Schmitt. Evidente que essa justificativa própria exemplifica que o direito, até nos regimes mais autoritários, é convocado, atuando como instrumento para a concretização de determinados objetivos políticos.

De fato, os objetivos políticos da época não teriam sido alcançados com base no positivismo que, como demonstramos, em nada relacionava-se com o pensamento da ordem concreta. Foi necessário, dessa forma, a construção e aplicação de uma outra teoria, que

atendesse às demandas e anseios nacional socialistas na busca pelo domínio totalitário. O pensamento da ordem concreta ajudou a semear o terror e a instaurar um dos regimes mais violentos da história da humanidade.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. 4ª Edição. Alfragide: Editora Dom Quixote, 2010.

FRASER, David. *Dead Man Walking: Law and Ethics after Giorgio Agamben's Auschwitz*. In: *International Journal for the Semiotics of Law*, Vol. 12, nº 4. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 397-417.

KAUFMANN, Arthur. *A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História*. In: *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (org.). 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 57-208.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

KIRCHHEIMER, Otto. *The Legal Order of National Socialism*. In: *Politics, Law and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer*. Edited by Frederic S. Burin and Kurt L. Shell. New York and London: Columbia University Press, 1969, p. 88-109.

KIRCHHEIMER, Otto. *Staatsgefüge und Recht des Dritten Reiches*. In: *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1976, p. 152-185.

LOEWENSTEIN, Karl. *Hitler's Germany – The Nazi Background to War*. New York: The Macmillan Company, 1939.

MARCUSE, Herbert. *State and Individual under National Socialism*. In: *Technology, War and Fascism*. Collected Papers of Herbert Marcuse. Volume One. Edited by Douglas Kellner. London and New York: Routledge, 1998, p. 69-92.

MORAES, Luís Edmundo de Souza. *Sobre a Conceção de Estado no Nacional-Socialismo*. Revista Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Série Ciências Humanas e Sociais, Vol. 29, nº 1, Janeiro-Junho 2007, p. 37-50.

NEUMANN, Franz. *Notes on the Theory of Dictatorship*. In: *The Democratic and the Authoritarian State – Essays in Political and Legal Theory*. New York: The Free Press, 1966, p. 233-256.

NEUMANN, Franz. *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism – 1933-1944*. Second Edition. New York: Oxford University Press, 1944.

NEUMANN, Franz. *The Change in the Function of Law in Modern Society*. In: *The Democratic and the Authoritarian State – Essays in Political and Legal Theory*. New York: The Free Press, 1966, p. 22-68.

NEVES, Castanheira A. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RADBRUCH, Gustav. *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, nº 1, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª Edição. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

ROTTLEUTHNER, Hubert. *Legal Positivism and National Socialism: A Contribution to a Theory of Legal Development*. German Law Journal, Vol. 12, nº 1, 2011. Disponível em: <https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No1/PDF_Vol_12_No_01_100_114_Articles_Rottleuthner.pdf>. Último acesso em 1º de março de 2015, p. 100-114.

RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie – Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2005.

RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Bogotá: Editora Universidad Externado de Colombia, 2004.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *Legality and Legitimacy*. Durham: Duke University Press, 2004.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

STALLAERT, Christiane. *Do Antissemitismo “Emocional” ao Antissemitismo “Funcional” na Espanha Inquisitorial e na Alemanha Nazista*. In: CARNEIRO, Maria Luiza Tucci e CROCI, Federico (orgs). *Tempos de Fascismo*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial, Arquivo Público do Estado de São Paulo, 2010, p. 37-72.

Possibilidade de inclusão dos enteados como herdeiros necessários: o fator afetividade

Leonardo Gomes de Aquino

Advogado. Mestre em Direito.
Pós-Graduado em Direito Empresarial.

RESUMO

A questão colocada no texto abaixo é a possibilidade de inclusão dos enteados e enteadas no rol dos herdeiros necessários em virtude do fator afetividade, isto porque a afetividade é qualidade ou caráter de afetivo. Logo, o fato jurídico afeto é suporte fático preponderante para a existência de uma relação jurídica de aplicação da norma. Sendo que a afetividade promove o desenvolvimento da personalidade e o efetivo respeito a dignidade da pessoa humana. Assim, seria possível a inclusão no rol dos herdeiros necessários apenas pelo fato da existência de afetividade?

PALAVRAS-CHAVE

Herança. Afetividade. Herdeiro necessário. Afeto. Enteados.

ABSTRACT

The question in the text below is the possibility of including stepchildren and stepdaughters in the list of heirs necessitated by the affection factor, because this affection is quality or affective character. Therefore, the legal fact affection is leading factual support for the existence of a legal relationship of application of the standard. Since affection promotes personality development and effective respect the dignity of the human person. Thus, it would be possible to include in the list of necessary heirs only because of the existence of affection?

KEY-WORDS

Inheritance. Affectivity. Necessary heir.
Affection. Stepson.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo nos traz análise do seguinte tema: os(as) enteados(as) podem ser considerados(as) herdeiros(as) necessários(as) em virtude da afetividade.

Assim devemos definir alguns pontos fulcrais no nosso trabalho.

Enteados(as) são os(as) filhos(os) do cônjuge, ou seja, são os parentes por afinidade em linha reta, cuja mãe ou pai se casou novamente, em relação ao seu padrasto ou madrasta.

Herança é o cômputo de bens, estratificando a existência de um patrimônio, legado por alguém, com o seu falecimento, ou seja, o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem aos herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do de *cujus*, tanto no ativo como no passivo, até o limite da herança.

Dadas às considerações iniciais passemos ao problema do estudo. Os enteados podem ser considerados herdeiros necessários em virtude da afetividade?

Tomando como hipóteses as seguintes situações: (a) Não podem ser considerados herdeiros necessários por não haver previsão legal permitindo; (b) Não podem por não serem filhos sanguíneos ou adotados; (c) Podem ser herdeiros necessários, pois há uma relação de afinidade entre o(a) enteado(a) e o de *cujus*; (d) Podem ser herdeiros não necessários, pois há uma relação de afinidade entre o(a) enteado(a) e o de *cujus*; (e) Podem ser herdeiros necessários, pois houver prova de uma relação de afetividade entre o(a) enteado(a) e o de *cujus*; (f) Podem ser herdeiros não necessários, pois houver prova de uma relação de afinidade entre o(a) enteado(a) e o de *cujus*; (g) Só podem suceder se houver previsão testamentária.

Sendo que faremos a nossa análise sobre a ótica do Direito Constitucional e as repercussões ao direito civil e a principiologia envolta na matéria.

2. HERDEIRO

É necessário que o herdeiro, por ocasião da morte do de *cujus*, esteja vivo, ou ao menos concebido, pois o nascituro pode ter resguardado os seus direitos desde a concepção e se tornará nesse caso herdeiros se nascerem com vida. Assim, a pessoa, via de regra física e só excepcionalmente jurídica a qual é devolvida a herança. Assim, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1784, do CC). Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (art. 1788 do CC).

O herdeiro será legítimo e testamentário, importando um ponto de vista subjetivo da sucessão. Sendo certo que o herdeiro e o de *cujus* o eixo pessoal de todo o fenômeno sucessório. Assim, a herança no momento da morte transita (princípio do *saisine*) de um para o outro de forma linear e sem interferência de um pólo para outro, sendo a morte um fato jurídico natural que gera a extinção da personalidade jurídica do indivíduo (art. 6º, do CC), até a translação do complexo universal de bens e direitos e obrigações, salvo os direitos personalíssimos.

A herança está ligada a ideia de patrimônio, mas do que a ideia de direitos pessoais, no sentido personalíssimo, pois reflete forçosa a transferência do patrimônio, em corolário originado no evento morte, isso porque há a segurança das relações jurídicas, visto que os negócios jurídicos continuam em vigor, gerando efeitos aos terceiros envolvidos. Dessa forma, a mudança da titularidade do acervo patrimonial do de *cujus* para os sucessores, gera uma duplicidade de perspectiva.

O primeiro no aspecto subjetivo onde o herdeiro irá receber a consagração dos sentimentos de perda do ente querido, além de haver nesse sentido a ideia de continuidade biológica, onde há uma continuidade da vida humana por meio da transmissão de ascendentes a descenden-

tes, não apenas características genéticas, mas também psicológicas e que se projeta de forma objetiva no aspecto de interesse econômico, onde o sucessor é sub-rogado de forma legal nos direitos e obrigações transmitidos pela morte. Assim, o herdeiro passa a ser o centro das atenções, gerando uma indispensabilidade social e jurídica, isso porque o dinamismo que, no aspecto socioeconômico, cauciona o crescimento das riquezas depara no herdeiro o elemento válido para acioná-lo. Recebendo a herança, administra-a e, somando a seus próprios bens pode, com engenho e esforço, criar grandezas econômicas, de que muito se aproveita a comunidade. De outra forma, cabe-lhe responder, em termos e conforme as forças da herança, pelas dívidas deixadas pelo de *cujus*. Desta maneira, podemos nos filiar a ideia que o direito à herança se encontra dentro de um alinhamento entre o direito da propriedade e o direito de família, isso porque o direito de suceder extrapola o direito de receber um patrimônio apenas, mas também busca a continuidade da própria família, observando laços de afinidade e afetividade mútuos (HORONAKA, 2011, p. 334).

2.1. ESPÉCIE DE HERDEIRO

O herdeiro recebe a herança toda ou uma quota-fração dela, sem determinação de bens, o que ocorrerá somente com a partilha. O herdeiro pode ganhar essa condição por estar colocado na ordem de vocação hereditária (herdeiro legítimo), por ter sido concedida por testamento (herdeiro testamentário) ou por ter recebido um legado e neste caso será chamado de legatário.

O herdeiro legítimo é aquele que sucede na posse e domínio dos bens deixados pelo de *cujus*, em virtude de dispositivo legal que o qualifica como tal (art. 1.829 e 1.844, do CC). O herdeiro testamentário é aqueles que sucedem na posse e domínio dos bens deixados pelo falecido, graças à manifestação unilateral e última da vontade daquele que é o autor do testamento (art. 1.857, do CC). O legatário é aquele que recebe o legado, ou seja,

é a disposição testamentária a título singular, pela qual o testador deixa à pessoa estranha ou não à sucessão legítima, um ou mais objetos individualizados ou certa quantia em dinheiro e neste caso não respondendo o sucessor por qualquer dívida ou encargo da herança.

Os Herdeiros são aqueles que recebem a herança a título universal. Podem ser: a) Herdeiros Legítimos: são herdeiros por força da lei. São os descendentes, os ascendentes, o cônjuge, os companheiros e os colaterais até o quarto grau. b) Herdeiros Testamentários ou instituídos recebem por força de testamento; b.1) Legatários: são aqueles que são contemplados em testamento com coisa certa e individualizada. b.2) Herdeiros Necessários são aqueles que têm direito a uma participação mínima na herança (legítima) e que só podem ser excluídos excepcionalmente: *são os descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente* - art. 1845 do CC. Quando há herdeiros necessários, a pessoa só pode dispor de metade da herança - art. 1789 e 1846 do CC. b.3) Herdeiros Facultativos são aqueles que podem ser excluídos pela simples vontade do morto, sempre que este dispuser da totalidade de seu patrimônio sem os contemplar: são os colaterais até quarto grau e o companheiro sobrevivente.

MANDATO - PRESTAÇÃO DE CONTAS
- PRETENSÃO À APURAÇÃO DE
CRÉDITO E DÉBITO DE CONTAS DE
AUTOR DE HERANÇA EFETIVADAS
POR MANDATÁRIOS - PRETENSÃO
DEDUZIDA EM JUÍZO POR PRIMOS-
IRMÃOS DO “DECUJUS” - ESTRANGEIROS
QUE NÃO MANTINHAM LAÇOS DE
AFETIVIDADE COM O FALECIDO
- SECUNDA FASE - HERDEIROS
LEGAIS - DISTINÇÃO DAQUELES
COM OS HERDEIROS NECESSÁRIOS
- EFEITOS - HERDEIROS EM QUARTO
GRAU NA ORDEM DE VOCAÇÃO

HEREDITÁRIA - EXIGIBILIDADE
DAS CONTAS MOVIMENTADAS
SOMENTE DEPOIS DA MORTE DO
AUTOR DA HERANÇA - RESULTADO
FAVORÁVEL AOS MANDATÁRIOS -
SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA DE-
MANDA INVERTIDA

A lei empresta tratamento diferenciado entre os herdeiros necessários (CC art 1 845) e os herdeiros legais. Os primeiros, quanto mais próximos os parentes, maiores os laços de afetividade a os unirem, e a consequente obrigação de alimentar. Os últimos, a Lei (CC art 1 829, IV) os reconhece, mas de forma muito singela.

Na linha transversal, a ordem da vocação hereditária deve tomar em consideração a limitação da vocação nessa classe, de molde a estabeleça' uma precisa correspondência entre a sucessão e o instituto familiar dos alimentos. Aqui, nesta causa, entre o autor da herança e os herdeiros de quarto grau na vocação hereditária, que não se conheciam pessoalmente, os vínculos de afetividade estavam bastante esmaecidos.

Os autos reportam-se ao triste cenário do fim da vida de imigrante, que tendo feito a América, faleceu aos noventa e três anos de idade, e recebera da família dos demandados aquilo que nunca recebera da sua família biológica, a amizade e o apreço em vida, e no cerrar de seus olhos, lhe foi prestada pelos demandados a derradeira homenagem a de dividir pela eternidade, um espaço no jazigo da família, que nestas terras afetuosamente o acolheu, e o adotou como seu integrante .

(TJ-SP - CR: 883696009 SP , Relator: Amorim Cantuária, Data de Julgamento: 04/11/2008, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/11/2008)

Inicialmente todo parente é herdeiro e como tem capacidade para herdar é herdeiro legítimo, mas podemos incluir nessa classificação o cônjuge e o companheiro. No entanto, nem todos fazem jus à herança, isso porque a lei estabelece uma ordem de prioridade entre os herdeiros, atendendo a proximidade com o de *cujus*. É o que se chama de ordem de vocação hereditária. Essa vocação hereditária determinada pela lei, não foi criada de forma arbitrária e sem sentido social jurídico, Maria Berenice Dias (2011, p. 126) afirma que presume a existência de laços afetivos que geram o dever de mútua assistência e tenta adivinhar quem a pessoa, ao morrer, gostaria de contemplar com o seu patrimônio. E complementa Maria Berenice Dias (2011, p. 133) que o legislador tenta adivinhar os graus de afetividade partindo do “pressuposto de que se tem mais proximidade com os parentes mais chegados. Baseia-se na presunção de afeto que as pessoas normalmente tem em relação aos seus familiares”.

De forma similar já dispunha Pinto Ferreira (1982, p. 38) ao afirmar que a ordem de sucessão legítima apresenta-se com motivos relevantes, baseando-se “no afeto dos laços familiares, graduando-se a sucessão pela intensidade desses laços sentimentais, que também consolidam a família, como núcleo da sociedade”. Por isso a base da sucessão legítima é o parentesco, respeitando-se as linhas e os graus mais próximos, assim como os laços com o cônjuge.

Mas para compreender a ordem de vocação hereditária deve distinguir a sucessão legítima da sucessão testamentária. A sucessão legítima é aquela que resulta exclusivamente da lei, sem que nela haja influência de qualquer forma a vontade do autor da herança, vontade essa que, ao invés, é a fonte da sucessão testamentária. Também na sucessão testamentária é regulada pela lei, entretanto procede fundamentalmente da vontade do testador, limitada pela lei. Sendo certo que o testador não pode contrariar a legítima, pois o art. 1789 do CC estipula que “havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

3. PARENTESCO E SUA CARACTERIZAÇÃO

A concepção do ser humano é fato jurídico *stritu sensu*, pois desse fato jurídico não se irradia o efeito da personificação, visto que decorre do nascimento, mas irradiam-se outros fatos como a pretensão aos alimentos, o poder familiar que traz como consequência o impedimento que a mãe, ou o pai adote filho alheio, sem a efetiva destituição do poder. Já a possibilidade de prole entra como elemento de suporte fático de alguns fatos jurídicos, como o direito de herança, isso ocorre porque não há fato, mas a possibilidade fato.

A relação consanguínea gera a concepção de parentesco natural que é um fato que entra no mundo jurídico, logo é fato jurídico *stritu sensu*, isso porque ao nascer o sujeito passa a ter uma mãe e logo a genitora passa a ter um filho, entrando no mundo jurídico, pelo aspecto biológico, donde surge o fato jurídico de parentesco, que entra nos suportes fáticos de várias regras jurídicas, como o automático poder familiar e o decorrente de um termo inexato que a sucessão legítima.

O parentesco civil decorre da adoção, por inseminação heteróloga, por afinidade, em linha reta ou colateral ou por afetividade.

O parentesco por adoção estabelece um vínculo entre o adotante e o adotado, bem como os seus parentes. Pai e filho adotivo são parentes civis em virtude de lei (artigo 1.593, CC), nesse caso o parentesco é determinado por uma decisão judicial, logo é decorrente de ato jurídico, onde o adotado perde todos os laços com os parentes consanguíneos.

O parentesco por inseminação heteróloga o doador do material genético não é o cônjuge do outro submetido ao procedimento. Este se realiza com elementos provindos ao menos um estranho, com aproveitamento ou não das gâmetas (sêmen e óvulo) de um dos cônjuges. Normalmente o material provém de doações feitas por terceiros em bancos especializados e que se dedi-

cam exatamente em viabilizar gestações desta espécie. Autorizando a realização da inseminação artificial heteróloga na mulher com quem está casado, o marido chama para si a paternidade do filho resultante, fazendo com que incida a presunção estabelecida neste dispositivo legal. Embora não se trate de paternidade efetiva sob o prisma genético considera a existência de laço idêntico ao produzido pela geração havida no casamento com a participação dos cônjuges. Assim, para surtir efeitos esta autorização do marido deve ser feita por escrito e assinado, em instrumento público ou particular, e de maneira expressa, não se admitindo que o tema de sérias consequências seja tratado de forma verbal ou mediante confecção de documento dúbio ou sujeito a questionamentos quanto ao seu real conteúdo. Logo, se trata de fato jurídico *stritu sensu*, pois há presunção *juris tantum*.

O parentesco além do natural pode ser por afinidade, nesse caso, o parente por afinidade refere-se aos parentes originados não por vínculo sanguíneo ou adoção, mas por vínculo matrimonial (artigo 1.595 do CC). Ou seja, quando você se casa, seus sogros e enteados se tornam, legalmente, seus parentes por afinidade. Isso porque, segundo a lei, vocês criaram um vínculo familiar a partir do momento em que você e seu cônjuge se casaram. Esse vínculo vai além de uma mera relação de amizade, que é subjetiva: ele passa a ser uma relação formal, que é objetiva. Em outras palavras, é relativamente difícil apurar o grau de afetividade entre os envolvidos. Por isso as relações de afetividade são subjetivas. Mas uma relação de parentesco – sanguíneo ou por afinidade – é fácil de ser identificada, pois as relações são fatos jurídicos que trazem consequências como o impedimento dos parentes por afinidade contraírem matrimônios. Assim, a afinidade é o liame jurídico que une um cônjuge ou companheiro aos parentes do outro, em linha reta até o infinito, e em linha colateral até o 2º grau, mantendo certa analogia com o parentesco natural quanto à determinação das linhas e graus. Assim, a sua caracterização é objetiva, logo

é esse parentesco é um fato jurídico *stritu sensu*, pois o juiz não precisa saber se a pessoa gosta ou não gosta de seus sogros ou enteados, ou o quanto ela gosta ou desgosta deles. Tudo o que é preciso é saber que vocês são, legalmente, parentes. Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

O parentesco por afetividade são os indivíduos que são conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho por afeição. Nesse prisma Rossot (2009, p, 15) demonstra que o parentesco socioafetivo produz

os mesmos efeitos do parentesco natural. São pessoais: (a) a criação de vínculo de parentesco na linha reta e colateral (até 4º grau), permitindo a adoção do nome da família gerando impedimentos na orbita para assunção de determinados cargos públicos; (b) a criação de vínculo de afinidade. Sob o aspecto patrimonial são gerados direitos (deveres) a alimentos e direitos sucessórios. O reconhecimento do parentesco com base na socioafetividade deve ser criterioso, uma vez que (...) envolve terceiros, não necessariamente envolvidos na relação socioafetiva, mas que certamente envolvidos na relação socioafetiva, mas que certamente serão alcançados pelo dever de solidariedade que inerente às relações de parentesco.

No parentesco natural (a que não resulta do casamento dos genitores) há um vínculo biológico ligando o filho a seu genitor(a), porque, certamente, todo filho tem um

pai e uma mãe. No caso do parentesco afetivo o vínculo jurídico não se estabelece, automaticamente. Só pelo fato do nascimento, neste caso, a paternidade e maternidade não estarão determinadas, sendo necessário outro ato, o reconhecimento do parentesco.

Desta forma o parentesco por afinidade se trata do suporte fático para se alcançar o reconhecimento de uma paternidade, tendo em vista que um dos critérios para adoção na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Logo, se trata de fato jurídico *stritu sensu*, pois nesse caso para produzir os efeitos legais, na esfera patrimonial se faz necessário um processo judicial, o que não se faz necessário no caso da aplicação do art. 5º, III, da Lei Maria da Pena.

4. AFETIVIDADE

Como se observou linhas acima o critério aparente de enumeração da vocação hereditária foi o afeto entre os sujeitos, se faz necessário agora abordar a amplitude e caracterização do afeto.

4.1. ABRANGÊNCIA DO TERMO

Afetividade é qualidade ou caráter de afetivo, ou seja, o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza. Assim, se afetividade é a qualidade de afetivo o que venha a ser afetivo. Afetivo é relativo a afeto, que nada mais é que ser afetuoso, afeiçoado, carinhoso (AURÉLIO, 1986, p. 55). Logo, o que seria a afetividade no aspecto jurídico: Um fato, suporte fático ou fato jurídico?

4.2. AFETO

O vocábulo “afeto”, do latim *affectus*, consiste num estado, uma disposição de alma produzida por influência exterior, sentimento, amizade, paixão e simpatia (Caudas Aulete apud CARDIN, 2010).

Barros (2002, p. 8) afirma que o afeto

É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. Mais conveniente seria chamá-lo afeto familiar, uma vez que está arraigada nas línguas neolatinas a significação que, desde o latim, restringe o termo cônjuge ao binômio marido e mulher, impedindo ou desaconselhando estendê-lo para além disso.

A concepção do afeto na seara filosófica é apontada por Abbagnano (2007, p. 20) como

As emoções positivas que se referem a pessoas e que não tem caráter dominante e totalitário da paixão (v.). Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto as coisas, fator ou situações, os A. constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à totalidade indicada pelo adjetivo “afetuoso”, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. Essa palavra designa um conjunto de atos ou de atitudes como bonda-

de, apego, gratidão, ternura etc., que, no todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa “se preocupa com” ou “cuida de” de outra pessoa ou em que esta responde, positivamente, aos cuidados ou à preocupação de que foi objeto. O que comumente se chama de “necessidade de A.” é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiança. Nesse sentido, o A. não é senão umas das formas de amor (v.).

O afeto é o aspecto puramente subjetivo da vida psíquica, que consiste na impressão agradável ou desagradável que ela causa ao sujeito que conhece ou deseja, sem que, por si mesmo, se relacione com alguém ou com algum objeto. É o aspecto puramente subjetivo da nossa vida psíquica e que está intimamente ligado à tendência e ao conhecimento, aos quais sucedem. Se o fato psíquico fosse possível destacar o conhecimento e a tendência, restaria apenas o afeto. São, portanto, maneiras de ser dos conhecimentos e tendências.

Há duas ordens de afetos: os afetos orgânicos ou superiores que é a comoção corporal, razão pela qual são chamadas de emoção e; os afetos superiores ou inorgânicos (egocêntricos e altruísticos) que são classificados quando à finalidade da emoção (agradáveis e desagradáveis).

Assim, “basta eliminar de nossa experiência consciente todos os aspectos que, de algum modo, apresenta um objeto para se entender que a sobre é exatamente o afeto” (COSTA JUNIOR, 1982, p. 142).

Isso porque o afeto é o grande aliado para a formação de qualquer relação humana, é algo que se conquista a partir de uma reciprocidade entre as pessoas, e este sentimento é tão importante na identificação de alguém quanto ao sobrenome advindo de uma relação biológica.

4.3. AFETIVIDADE: FATO, SUPORTE FÁTICO, FATO JURÍDICO

É certo que o afeto enlaça e comunica aos sujeitos, independentemente do espaço geográfico temporal entre elas, isso porque há “uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam”. (BARROS, 2002, p. 9).

As palavras fato (real), suporte fático e fato jurídico representam diferentes conceitos. Como elemento diferenciador, entre o fato em si mesmo considerado e o suporte fático, há o elemento valorativo. Nesse sentido, merece ser trazida à colação consubstanciada no seguinte exemplo: o afeto, por exemplo, somente compõe suporte fático quando conhecido, porque a sua prova constitui elemento que se integra ao fato real para constituí-lo em suporte fático.

Só o afeto conhecido interessa à comunidade e a juridicidade só existe em razão da intersubjetividade. Se alguém tem afeto por outrem, mas não o expõe ou expressa, se trata de um fato, agora no momento em que o afeto é demonstrado e se transforma em afetividade aí teremos o suporte fático. Assim tudo se passa em sua esfera jurídica.

Mello (2007, p.67) aponta que

em geral o suporte fático é constituído por diversos fatos e até por situações que envolvem omissões, silêncio, não acontecimentos. Desses fatos, alguns, mas não todos, são considerados relevantes e a eles a norma jurídica dá entrada no mundo jurídico, por meio da incidência. Esses fatos, que são transportados para o mundo jurídico por força da incidência, constituem o fato jurídico. Assim, apenas parte do suporte fático entra no mundo jurídico e compõe o fato jurídico.

O art. 1.584 do CC permite que a guarda seja concedida há uma terceira pessoa, que não seja os genitores, desde que haja “compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

O fato jurídico guarda por afetividade tem como suporte fático: (a) a impossibilidade do pai e da mãe; (b) uma terceira pessoa; (c) parente ou não; (d) a concepção de afetividade.

Quando observamos o art. 5º, III da Lei 11.340/2006 verificamos que o afeto também deve ser considerado para aplicação da norma, pois a “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (...) “em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.”

O fato jurídico afeto é suporte fático preponderante para a existência de uma relação jurídica de aplicação da norma.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no (art. 25, do ECA) “entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.” E para a colocação do sujeito nesse tipo de família o Judiciário deve “levar-se em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida” (art. 28 do ECA). Nessa mesma perspectiva o ECA permite que seja deferida a adoção aos sujeitos que demonstrem vínculos de afetividade (art. 50 do ECA).

Novamente a afetividade se encontra dentro do suporte fático para a concessão da guarda e da adoção. Que são os fatos jurídicos previstos na norma, que dependem de determinação judicial para se concretizarem.

A observância dos dispositivos acima coloca o afetividade na organização familiar como fator condicionante para realização da família, pouco importante os laços sanguíneos, isso já é assim, pois o cônjuge se torna família por causa dos laços de família.

Oliveira (2002, p. 239) afirma que “a afetividade é instrumento ou de manutenção da união familiar ou de seu esfacelamento diante da constatação, pelos membros da família, de que entres eles já não mais existe força suficiente para manter unidos os laços da união”.

Assim, desaparecendo a afetividade podemos afirmar que desaparece o suporte fático que incide no fato jurídico decorrente da afetividade no âmbito patrimonial, isso porque os laços da personalidade gerados pela afetividade uma vez adquiridos não podem ser desfeitos por causa do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

5. AFETIVIDADE UMA FACE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, sendo, portanto, assegurada a todos sem distinção de qualquer natureza. E dignidade humana pressupõe todas as condições para uma vida saudável e feliz, como direito à saúde, educação, família, alimentação, moradia, lazer, entre outros. Afirma Canezin (2006, p. 73) “a dignidade constitui-se num fator primordial a formação da personalidade humana, sendo essencial ao relacionamento paterno-filial”.

Ascensão (2010, p. 59) escreve que

a dignidade humana implica que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem representar o mínimo, que crie o espaço no qual cada ho-

mem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem.

Não é possível compreender a pessoa simplesmente como sujeito de uma relação jurídica, pois a sua existência independe da criação jurídica, assim Ascensão (2010, p.59) a personalidade jurídica é a fundamentação no respeito e na proteção da dignidade da pessoa humana, como elemento essencial à existência da pessoa.

Assim, o direito da personalidade está sempre diante da necessidade de uma valoração ética fundada na dignidade da pessoa humana, como exprime Ascensão (2010, p. 64) ao afirmar que

os critérios poderão ser vários. Mas o essencial é o próprio fundamento ético que está na base do sistema. Só pode ser considerado direito da personalidade o que manifeste essa exigência na personalidade humana. Quaisquer outras posições favoráveis do indivíduo não promanam desta mesma fonte não podem ser acolhidas no núcleo dos direitos da personalidade.

Costa (2008, p. 53) expõe que o Princípio da afetividade está consubstanciado no Princípio da dignidade humana, pois a afetividade é parte qualificativa do ser e está ligado a quem é ou se mostra afetivo, o indivíduo afetivo.

Mas não só. Também faz parte dela um aspecto relativo a fenômenos, e neste viés revela-se nos próprios fenômenos que envolvem emoções e sentimentos ego-cêntricos ou altruísticos e agradáveis ou desagradáveis.

A afetividade promove o desenvolvimento da personalidade e o efetivo respeito a dignidade da pessoa humana (COSTA, 2008. p. 57). Desta forma, sendo a afetividade a forma de expor o afeto, podemos afirmar que se trata de um direito da personalidade e por logo uma

forma de apresentar a dignidade da pessoa humana e por consequência deve ser respeitada e observada quando for um suporte fático na concretização dos direitos.

Sob o manto do princípio da dignidade humana, os tribunais passam a reconhecer o valor do afeto, conforme se depreende da decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, prestigiando a filiação socioafetiva, no seguinte aresto:

Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da denominada “adoção à brasileira” (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do Direito Civil, vê a família como instrumento da realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular “adoção à brasileira”, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-iam as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (TJPR. Apelação Civil n. 108.417-9. 2ª Câmara Civil., Rel. Des. Accário Cambi, j.12/12/2001).

Dentro deste espectro Lobo (2008, p. 9) no coloca que “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental”.

Para que se configure a paternidade sócio-afetiva é necessária a demonstração de carinho, afeto, ou seja, a posse de estado de filho (Recurso Especial nº 1.018.538 - SE (2007/0305854-8), Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe: 24/06/2010).

No mais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se firmou na vertente de dar

prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo”. (REsp 878.941/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 17.09.2007).

Os fundamentos constitucionais da afetividade estão assegurados em vários dispositivos do texto constitucional, podendo-se citar, a título exemplificativo, os Arts. 226, § 4º (a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida), 227, caput (o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente), § 5º (a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos), § 6º (todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem), dentre outros.

Oliveira (2002, p. 238) demonstra que a afetividade não foi esquecida pelo constituinte. Ao mesmo tempo em que estabeleceu como princípio constitucional do direito de família a obrigação de os pais assistirem, criarem e educarem os filhos menores determinou, com a mesma intensidade e obrigação de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (Art. 229, CF). Foi mais longe: demonstrando os valores humanitários de nossos dias, estabeleceu como dever de todas as espécies de família o amparo aos idosos (não só aos parentes, mas a qualquer idoso), assegurando sua integração na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito a uma vida sadia (Art. 230, caput, CF).

A afetividade está ligada e atrelada ao conceito de reciprocidade de afeto e sentimento, que são elementos intrínsecos a pessoa humana, inalienável constituindo a externalização do afeto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os(as) enteados são parentes por afinidade, bem como não são parentes consanguíneos ou adotivos, logo por esse simples fato não podem fazer jus à equiparação aos herdeiros necessários.

Entretanto, caso haja o reconhecimento da afetividade de forma judicial, gerando uma adoção por afetividade podem o(a) enteado(a) fazer jus à equiparação aos herdeiros necessários.

Podem independentemente da comprovação dos laços afetivos serem beneficiados por testamento, logo serão herdeiros testamentários.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: Introdução. As pessoas. Os bens. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.

BAHIA, Claudio José Amaral. LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. O afeto e a afetividade nas relações filiares nas novas famílias. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3519.pdf>>. Acesso em dez 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 8, jul./set. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Civil n. 108.417-9. 2ª Câm. Civil., Rel. Des. Accário Cambi, j.12/12/2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial nº 1.018.538 - SE (2007/0305854-8), Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe: 24/06/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ).REsp 878.941/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ de 17.09.2007.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP). CR: 883696009 SP. Rel.: Amorim Cantuária. Data de Julgamento: 04/11/2008, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/11/2008.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.71-87, jun/jul, 2006.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>>. Acesso em dez 2013.

COSTA JUNIOR, J. B. de O. Afeto. *Enciclopédia saraiva de direito*. Coord. Prof. R. Limongi Franca. São Paulo: Saraiva, 1982. Vol. 5

COSTA, Maria Isabel Pereira. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 56, n.368, p.45-70, junho, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *MANUAL DAS SUCESSÕES*. 2ª ED. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. O valor jurídico do afeto: Filiação socioafetiva x monetarização das relações de afeto. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8724&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em dez 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2ª. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1986, p. 55

FERREIRA, Pinto. *Vocação hereditária*. *Enciclopédia saraiva de direito*. Coord. Prof. R. Limongi Franca. São Paulo: Saraiva, 1982. Vol. 78.

HORONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito da Família: a Persistente Trajetória de um Direito Fundamental*. *Direito das Famílias e Sucessões N° 5 – Ago-Set/2008 – DOUTRINA – Magister Editora – IBDFAM – Instituto de Direito de Família*, 2008.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre, n. 9, p. 5-24, abril/mai. 2009.

A concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens

André Luiz de Saboya Moledo

Analista judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tendo exercido os cargos de Assessor de Orçamento, Diretor Geral de Controle Interno, Assessor da 2ª Vice-Presidência, atualmente exerce o cargo de Diretor Geral de Planejamento e Controle, Diretor Geral de Planejamento, Coordenação e Finanças do TJERJ, Bacharel em Direito pela PUC/RJ e em Ciências Contábeis pela UFRJ, pós-graduado pela EMERJ, mestrando em direito espanhol pela Universidade de Salamanca.

RESUMO

Trata-se de uma análise, no âmbito do direito das sucessões, do artigo 1.829, I do Código Civil de 2002 (CC/02), especialmente no que diz respeito à concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens sob a ótica da doutrina, da jurisprudência, dos princípios norteadores do CC/02 e da segurança jurídica. Propõe ainda uma discussão sobre os problemas gerados no sistema do direito sucessório pátrio, decorrentes dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema e como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posiciona sobre a questão.

PALAVRAS-CHAVE

Sucessões. Concorrência do cônjuge com os descendentes. Bens particulares. Artigo 1829, I do CC/02.

ABSTRACT

It is an analysis, under the law of succession, Article 1829, I Civil Code of 2002 (CC/02), especially with regard to competition with the descendants of the spouse in the scheme of partial property under the perspective of doctrine, jurisprudence, the guiding principles of CC/02 and of legal certainty. It also proposes a discussion about the problems generated in the national inheritance law system, arising from doctrinal and jurisprudential understandings on the topic and how the jurisprudence of the Superior Tribunal de Justiça stands on the issue.

KEYWORDS

Succession. Competition with the descendants of the spouse. Private property. Article 1829, I, Civil Code of 2002.

INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a analisar uma das questões mais controvertidas no direito das sucessões e que foi introduzida pelo Código Civil de 2002 (CC/02), qual seja a concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens. Ressalte-se que a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do cônjuge falecido no regime da comunhão parcial de bens, é a hipótese mais recorrente no direito das sucessões, pois este regime de bens é usado como regra geral no nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual a sua repercussão é de grande relevância.

O direito sucessório surgiu em época remota da história da humanidade e sempre teve como características principais a proteção e a perpetuação da família mesmo após a morte de um de seus membros. Por essa razão guarda, desde a sua origem, uma estreita relação com o direito de família e o direito de propriedade.

No direito pátrio, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) elencou o direito sucessório no rol dos direitos e garantias fundamentais ao dispor que é garantido o direito à herança, nos termos do artigo 5º, inciso XXX.

No ordenamento infraconstitucional brasileiro, o direito sucessório é regulamentado pela Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que institui o CC/02, no qual há um livro exclusivo (Livro V) que trata do direito das sucessões.

Importante ressaltar que por força da regra de direito intertemporal prevista no artigo 2.041 do CC/02, as sucessões abertas antes do início da sua vigência são regidas pelo que dispunha o Código Civil de 1916, ou seja, as inovações trazidas no direito sucessório pelo CC/02 somente são aplicáveis a partir de 10 de janeiro de 2003. Destaca-se, dentre as inovações, aquela disposta no artigo 1.829, inciso I, do CC/02, que prevê a hipótese de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do cônjuge falecido, se este era casado com aquele pelo regime da comunhão parcial de bens.

A polêmica que envolve o tema se concentra na possibilidade de haver ou não concorrência dos bens particulares do cônjuge falecido ou se a concorrência somente se dará em relação aos bens comuns referentes à parcela da meação deixada pelo de *cujus*.

Os cônjuges, como se sabe, são meeiros no regime da comunhão parcial de bens, ou seja, cada cônjuge possui a metade dos bens que foram adquiridos na constância da relação matrimonial e tais bens recebem a denominação de bens comuns. Com relação aos bens particulares, que são aqueles adquiridos antes do casamento ou recebidos por um dos cônjuges a título gratuito, na constância do casamento, não há comunicação, ou seja, o bem particular integra somente o patrimônio do cônjuge que o recebe, e no caso de dissolução do vínculo matrimonial não é partilhado com o outro.

A possibilidade de comunicação de bens particulares após a abertura de sucessão parece subverter a vontade exteriorizada pelos cônjuges no momento em que se elege o regime de comunhão parcial de bens no casamento.

Ressalte-se que a morte é uma das formas de dissolução uma sociedade conjugal, consoante o artigo 1.571, inciso I do CC/02, e que somente nesta hipótese de dissolução haverá a comunicação dos bens particulares do cônjuge falecido por meio da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do de *cujus*.

A doutrina majoritária tem interpretado este dispositivo, no que tange ao regime da comunhão parcial de bens, da seguinte forma: haverá concorrência entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente salvo se não houver bens particulares, ou seja, haverá a referida concorrência se houver bens particulares.

Tal entendimento doutrinário tem influenciado a jurisprudência dos nossos Tribunais aonde o tema começa a ser discutido, em razão dos recursos processuais oferecidos pelas partes insatisfeitas com as decisões dos juízes de 1º grau. Com relação aos Tribunais Superiores, em fevereiro de 2010 foi publicado acórdão do Superior

Tribunal de Justiça no qual assumiu posicionamento diametralmente oposto ao que vinha sendo sustentado até então por quase toda doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais Estaduais.

A exploração do tema foi desenvolvida tendo como fontes de pesquisa: livros de doutrina específicos sobre o direito das sucessões, o direito de família e a parte geral do direito civil, além da jurisprudência de alguns Tribunais Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça. Também foram utilizados dados coletados de artigos da internet, a Constituição Federal de 1988, a Lei 10.406/02 (Novo Código Civil) e a sua respectiva Exposição de Motivos. Os dados foram coletados através de consulta aos livros de doutrina de acervo pessoal e da biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A jurisprudência será coletada nos sites dos Tribunais Estaduais e do Superior Tribunal de Justiça. Os artigos foram consultados em sites jurídicos. A análise de dados se deu com a verificação doutrinária e jurisprudencial, relativo à concorrência entre o cônjuge e os descendentes no regime da comunhão parcial de bens, sob a ótica dos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade, que norteiam o CC/02; e da segurança jurídica.

Os dados apresentados neste artigo foram elaborados e analisados através da pesquisa exploratória e bibliográfica objetivando demonstrar as divergências doutrinárias e as manifestações da jurisprudência quanto à concorrência entre o cônjuge e os descendentes no regime da comunhão parcial de bens, prevista no Código Civil de 2002, além de analisar a questão sob a ótica de seus princípios norteadores e da segurança jurídica.

O desenvolvimento do artigo está dividido em quatro partes. Na primeira e segunda parte demonstra-se, respectivamente, como a doutrina e a jurisprudência, tem enfrentado a possibilidade da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do cônjuge falecido no regime da comunhão parcial de bens. Na terceira parte, subdividida em três, apresenta-se o tema proposto sob

a ótica dos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade. Na última parte discute-se a questão da concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens em relação à segurança jurídica.

1. A DOCTRINA E A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

O Novo Código Civil (CC/02) estabeleceu, no inciso I do artigo 1.829, a possibilidade da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cujus* no direito sucessório, e desde a sua vigência tem gerado incessantes debates e controvérsias doutrinárias que decorrem da sua truncada redação, cuja técnica utilizada pelo legislador deixou a desejar. Não há dúvida de que a nova legislação civilista erigiu o cônjuge sobrevivente à qualidade de herdeiro necessário, como bem observa Silvio Venosa:

De qualquer modo, era mesmo tempo de se colocar o cônjuge como herdeiro necessário. O presente Código o faz, embora em redação canhestra, concorrendo o cônjuge com descendentes e ascendentes em porcentagens diversas, dependendo do grau e do número de herdeiros o que talvez ainda não seja a fórmula ideal.¹

Dispõe o inciso I, do artigo 1.829, do CC/02 que o cônjuge não concorre com os descendentes, se o casamento com o falecido ocorreu sob o regime de comunhão universal ou de separação obrigatória de bens (o CC/02 remete ao artigo 1.640, mas na verdade trata-se do artigo 1.641); ou ainda se, casado no regime de comunhão parcial, o falecido não houver deixado bens particulares.

Com relação às duas primeiras hipóteses, que ressaltavam a concorrência do cônjuge sobrevivente com os herdeiros, não há maiores controvérsias doutrinárias:

Na comunhão universal, todos os bens presentes e futuros dos cônjuges se comunicam, consoante o que dispõe o artigo 1.667, como observa Giselda Hironaka: “[...] pelo regime da comunhão universal de bens, o legislador entende que a confusão patrimonial já se operara desde a celebração das núpcias, garantindo-se ao cônjuge sobrevivente, pela meação que lhe assiste a proteção necessária e cabível na espécie, [...]”².

Quanto ao regime de separação obrigatória de bens, previsto no artigo 1.641, que se caracteriza pela incommunicabilidade dos bens adquiridos a qualquer título e a qualquer tempo por qualquer dos cônjuges, entende-se que o dispositivo pretende garantir a proteção dos cônjuges que se encontram em determinada situação jurídica e coibir, em tese, fraudes ao regime legalmente imposto por norma jurídica de ordem pública. Para Silvio Venosa e Luiz Paulo Vieira de Carvalho, tal dispositivo deverá ter o seu rigor mitigado pela jurisprudência, assim como ocorreu sob a vigência do Código Civil de 1916, subsistindo o enunciado sumulado de nº 377 do Supremo Tribunal Federal que assim dispõe: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Dessa forma, a grande controvérsia presente nos debates doutrinários é a hipótese da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes quando o casamento com o falecido ocorreu sob o regime da separação parcial de bens.

Dispõe o artigo 1.829, I do CC/02 (*in verbis*):

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

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

Deve ser destacado que “o regime da comunhão parcial de bens é o que prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial, ou se o fizerem, for nulo ou ineficaz (CC, art.1.640, *caput*).”⁵, sendo assim, é o regime mais usual e comum, podendo ser considerado como regra geral, pois é utilizado quando não há por parte dos consortes a escolha ou a imposição legal de outro regime.

Como se sabe no regime da comunhão parcial de bens existe três grupos de bens: aqueles que pertencem exclusivamente ao marido, os que pertencem exclusivamente à mulher, denominados bens particulares e os bens que pertencem ao casal, conhecidos como bens comuns. Dessa forma, os bens particulares são excluídos da comunhão parcial, pois a sua aquisição tem uma causa anterior ou alheia ao casamento, como, por exemplo, aqueles decorrentes de doações e sucessões, conforme o disposto no artigo 1.661 e seus incisos.

De uma maneira geral, a doutrina aduz que a inovação trazida pelo art. 1.829, I, do CC/02, tem como finalidade principal uma maior proteção do cônjuge sobrevivente em detrimento dos descendentes. A amplitude dessa proteção é o cerne das divergências doutrinárias.

A corrente doutrinária composta, dentre outros, por Carlos Roberto Gonçalves, Eduardo de Oliveira Leite, Giselda Hironaka, Zeno Veloso e Silvio Venosa, sustenta que, no regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge concorrerá com os descendentes do falecido no que tange somente aos bens particulares, pois, em relação aos bens comuns, o sobrevivente já participa como meeiro, como assevera Zeno Veloso:

[...] a concorrência só ocorrerá a respeito dos bens particulares, pois, com relação aos outros, o cônjuge sobrevivente já é meeiro, e o legislador, nos casos gerais não confere direito sucessório à viúva e ao viúvo quando são titulares de meação e o autor da herança tem descendentes. Além do mais, a parte final do art. 1829, I, em-

prime uma exceção, e como tal deve receber interpretação restritiva. Por último, o entendimento que sufraga, resguarda e melhor ampara os direitos dos descendentes.”

Argumentam, ainda, que caso o cônjuge concorresse na parte da meação deixada pelo falecido estaria recebendo mais do que receberia se o regime de bens fosse o da comunhão universal, o que não seria adequado, pois subverteria a própria lógica do sistema jurídico que trata do regime de bens entre os cônjuges.⁷

Destaque-se que esta doutrina se amolda com o enunciado de nº 270 da III da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) que dispõe:

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 aqüestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

A doutrina representada por Maria Helena Diniz e Luiz Paulo Vieira de Carvalho, entende que no regime da comunhão parcial o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes em relação a todo o acervo hereditário independentemente de haver ou não bens particulares do *de cujus*, pois a lei não fez distinção em relação a isso e, portanto não cabe ao intérprete distinguir. Ressalta, ainda, Maria Helena Diniz que assim atende-se ao princípio da operabilidade, pois torna mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível ao herdeiro.

Uma terceira corrente doutrinária liderada por Francisco José Cahali alega que no regime de bens da comunhão parcial somente havendo bens particulares deixados pelo autor da herança haverá a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes sobre todo o acervo hereditário. Se, no entanto, não houver bens particulares a serem sucedidos, não haverá a concorrência do cônjuge sobrevivente, e os descendentes do de *cujus* partilham entre si os bens correspondentes à meação deixada pelo falecido, observa Cahali:

Sob outro ângulo, o novo Código cria um direito sucessório entre os cônjuges de forma não recíproca, pois, no regime da comunhão parcial, um herda do outro se este possuir bens particulares, mas, mas se aquele primeiro não tiver patrimônio próprio, o segundo será privado da convocação.

Não podemos aplaudir a exagerada casuística introduzida ao condicionar uma contingência fática – existência de bens particulares – à convocação do herdeiro. Mas é esta a regra proposta pelo novel legislador.⁹

Por fim, temos a posição doutrinária isolada de Maria Berenice Dias, que sustenta para a hipótese da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do de *cujus* que: “[...] havendo bens particulares, o cônjuge sobrevivente não tem direito sobre eles. O direito de concorrência incide exclusivamente sobre os bens amealhados durante o casamento.”, ou seja, o cônjuge sobrevivente concorre em relação à meação formada pelos bens comuns deixados pelo autor da herança.

A respeitável doutrinadora fundamenta seu entendimento dentro da lógica do sistema que rege o regime da comunhão parcial de bens e da vontade manifestada pelos cônjuges no momento da celebração do casamento.

Ressalta que se deve buscar, dentro da truncada redação do artigo 1.829, I, uma interpretação que se coadune com a ótica constitucional, sob pena de que a subversão do regime da comunhão parcial de bens atentará contra a vontade dos cônjuges e afrontará a lógica a qual deve ater-se o intérprete. Sendo a morte uma das hipóteses de dissolução do casamento, consoante artigo 1.571, I do CC/02 e considerando que no regime da comunhão parcial, os bens particulares, não se comunicam coma a referida dissolução, “[...] de todo descabido que o legislador, em sede de direito sucessório, de forma arbitrária e desarrazoada e com afronta à vontade das partes, acabe por gerar o enriquecimento sem causa, pois confere bens a quem não contribuiu para a sua aquisição.”¹¹

Observa-se que ao prevalecer o entendimento majoritário, teremos hipóteses em que o cônjuge sobrevivente recebe por meio de herança, em concorrência com os descendentes do falecido, bens particulares deste, e posteriormente, na condição de viúvo(a) se casa novamente pelo regime de comunhão parcial de bens e falece antes do atual cônjuge. Havendo, assim a transmissão de bens particulares oriundos da herança deixada pelo primeiro cônjuge falecido, para indivíduos com quem este jamais teve qualquer vínculo familiar ou afetivo e, em prejuízo dos seus descendentes, pois este patrimônio jamais retornará em favor deles, ou seja, o sistema, que desde a mais remota era da antiguidade humana, tinha como pilares principais a proteção e a perpetuação da família estaria sendo totalmente corrompido e desvirtuado.

Diante do exposto, observamos que prevalece na doutrina, o entendimento que a concorrência no regime da comunhão parcial entre cônjuge sobrevivente e os descendentes em relação aos bens particulares, se justifica para garantir uma maior proteção ao cônjuge em detrimento dos descendentes; somente Maria Berenice Dias defende que esta proteção ocorre em relação à meação deixada pelo cônjuge falecido e da qual o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes do de *cujus*.

2. A JURISPRUDÊNCIA E A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Seguindo orientação da doutrina predominante a jurisprudência tem admitido a aplicação da concorrência, no regime da comunhão parcial, e a conseqüente divisão dos bens particulares entre os cônjuges e os herdeiros.

Os Tribunais de Justiça Estaduais começam a firmar precedentes jurisprudenciais sobre a questão, conforme podemos constatar em São Paulo (TJSP), nos julgados de Embargos de Declaração nº 624.198-4/9-01, de Agravo de Instrumento nº 595 996 4/4-00 e Agravo de Instrumento nº 624.198-4/7-00; no Distrito Federal e Territórios (TJDFT) no julgado de Agravo de Instrumento nº 2004.00.2.009630-8; em Minas Gerais (TJMG) no julgado da Apelação Cível nº 1.0024.04.463851-8/001; no Rio de Janeiro (TJRJ) nos julgados de Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 2007.002.10513, de Agravo Inominado em Apelação Cível/Reexame Necessário nº 2009.227.02867 e de Agravo de Instrumento nº 2009.002.29177; e, no Rio Grande do Sul (TJRS) no julgado de Agravo de Instrumento nº 70021504923/2005.

Em todos os julgados acima mencionados foi deferido ao cônjuge sobrevivente, com quem o falecido era casado pelo regime da comunhão parcial, o direito de concorrer com os descendentes deste, na parte relativa aos bens particulares pertencentes ao acervo hereditário. Além disso, os referidos julgados reconheceram que havendo bens originados da meação do de *cujus* no acervo hereditário, estes não se sujeitam à concorrência, pois a proteção do cônjuge sobrevivente já foi assegurada pela parcela da meação que lhe cabia por ocasião da dissolução do casamento pela morte do outro cônjuge.

Destaque-se que, dentre os acórdãos selecionados, o único em que a decisão foi por maioria é o proveniente do Rio Grande do Sul, no qual, em seu voto vencido, a relatora Desembargadora Maria Berenice Dias, assim expôs o seu entendimento:

[...] caracterizaria flagrante disparate alçar o cônjuge supérstite à condição de herdeiro, em concorrência com os filhos do falecido, somente na hipótese de haver o de cujus deixado bens particulares, ou seja, patrimônio que ele próprio escolheu ser incomunicável ao eleger o regime da comunhão parcial para reger as questões patrimoniais no decorrer do vínculo conjugal. (Desa. Maria Berenice Dias - Presidente - Agravo de Instrumento nº 7001088996/2005: “Por Maioria, Deram Provimento, vencida a Relatora.”)

Percebe-se, portanto, que a jurisprudência dos Tribunais Estaduais tem adotado um posicionamento pacífico com relação à aplicação do art. 1.829, I do CC/02, quando se trata de hipótese da concorrência sucessória entre cônjuge, casado pelo regime de comunhão parcial, e os descendentes do de *cujos* quanto aos bens particulares deixados no acervo hereditário.

No entanto, esta acomodação jurisprudencial não se reproduz quando a questão é tratada no âmbito da união estável, percebe-se que os Tribunais de Justiça Estaduais têm enfrentado situações em que o tratamento dado ao companheiro é mais benéfico que aquele conferido ao cônjuge no direito sucessório, e talvez, por via transversa comece a ser revista a jurisprudência atual como veremos a seguir.

Embora não seja objeto deste estudo, é importante esclarecer que no direito sucessório, quando se trata de união estável, o companheiro participa da sucessão do outro quanto aos bens comuns e concorre, em relação a estes bens, com os descendentes do autor da herança sendo que a sua quota dependerá da existência ou não de filhos comuns (art. 1.790, I e II do CC/02), ou seja, o companheiro recebe a sua meação, e concorre com os descendentes do companheiro falecido no que tange à

outra parte da meação que passa a compor o acervo hereditário. Ressalte-se que na união estável aplica-se, no que couber, as regras do regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC/02).

A título de exemplificação do que vem ocorrendo, verifica-se que no TJSP os julgados de Agravo de Instrumento n° 598.268-4/4-00, de Agravo de Instrumento n° 567.929-4/0-00, de Agravo de Instrumento n° 505.804-4/6-00, de Agravo de Instrumento n° 467.591-4/7-00, afastaram a norma expressa no art. 1.790 do CC/02, e não reconheceram a concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes do *de cujus* com o argumento de que não se pode dar um tratamento mais benéfico na união estável do que no casamento aonde o cônjuge não concorre em relação aos bens comuns, apenas retira a sua meação, o que se confunde com herança, e tal hipótese afronta o princípio da isonomia. Em decisão diametralmente oposta, o TJDFT decidiu no julgado de Agravo de Instrumento 20090020018622AGI, afirmando que não há ofensa ao princípio da isonomia e, portanto, o companheiro tem direito a concorrer com os descendentes em relação aos bens comuns advindos da meação do *de cujus*.

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio de Medida Cautelar n° 14.509 /SP (2008/0159541-0), cuja relatoria coube a Ministra Nancy Andrihgi que assim decidiu conforme a ementa abaixo transcrita:

Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Inventário. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1829, I, do CC/02, que incidiria caso o

falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento. Medida liminar parcialmente deferida, apenas para determinar a partilha, no inventário, da parcela incontroversa do patrimônio, promovendo-se reserva de bens.

- O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do 'de cujus' que vivia em união estável com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência. Trata-se de regra oposta à do art. 1.829 do CC/02, que, para a hipótese de ter havido casamento pela comunhão parcial entre o 'de cujus' e a companheira, estabelece que a herança do cônjuge incida apenas sobre os bens particulares.

- A diferença nas regras adotadas pelo código para um e outro regime gera profundas discrepâncias, chegando a criar situações em que, do ponto de vista do direito das sucessões, é mais vantajoso não se casar.

- A discussão quanto à legalidade da referida diferença é profundamente relevante, de modo que se justifica o deferimento da medida liminar pleiteada em ação cautelar, para o fim de reservar os bens controvertidos no inventário 'sub judice', admitindo-se a partilha apenas dos incontroversos.

Este julgado da nossa Corte Especial embora não tenha enfrentado de forma direta e conclusiva as controvérsias e discrepâncias de tratamentos existentes entre o casamento e a união estável, no âmbito do direito sucessório, demonstrou a necessidade de maior reflexão sobre o tema e parece ter iniciado a busca por uma solução que

reequilibrasse o sistema jurídico das sucessões quando se trata da concorrência entre cônjuge e descendentes no regime da comunhão parcial de bens.

O enfrentamento profundo do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema ocorreu no Recurso Especial nº 992.749 – MS, publicado no dia 05 de fevereiro de 2010, no qual a relatoria coube a Ministra Nancy Andrighi.

Nesse julgado pioneiro a referida Ministra apresenta em seu relatório, de forma extremamente didática, os posicionamentos doutrinários em quadros demonstrativos, que apresentam a seguinte configuração em relação ao regime da comunhão parcial de bens:

| Doutrina | Meação | Cônjuge herda bens particulares? | Cônjuge herda bens comuns? |
|---|--------|--|--|
| Enunciado nº 270 do Conselho da Justiça Federal | Sim | Sim, em concurso com os descendentes | Não |
| Maria Helena Diniz | Sim | Sim, em concurso com os descendentes | Sim, em concurso com os descendentes |
| Maria Berenice Dias | Sim | Não há herança do cônjuge, se houver bens particulares | Sim, se os houver, em concurso com os descendentes |

Em seguida a Ministra passa a interpretar o inciso I do artigo 1.829 do CC/02 sob a ótica dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, em especial, a dignidade da pessoa humana que se apresenta por meio da livre manifestação da vontade humana, da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, além da confiança legítima que dá

origem a boa fé e da eticidade que deve moldar a norma jurídica. Diante disso conclui a Ministra Andrighi, no Recurso Especial nº 992.749 – MS, que:

Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), considerada a importância dos reflexos do elemento histórico na interpretação da lei, 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.

Assim, quando os nubentes silenciam a respeito de qual regime de bens irão adotar, a lei presume que será o da comunhão parcial, pelo qual se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, consideradas as exceções legais previstas no art. 1.659 do CC/02. Se em vida os cônjuges assumiram, por vontade própria, o regime da comunhão parcial de bens, na morte de um deles, deve essa vontade permanecer respeitada, sob pena de ocorrer, por ocasião do óbito, o retorno ao antigo regime legal: o da comunhão universal, em que todo acervo patrimonial, adquirido na constância ou anteriormente ao casamento, é considerado para efeitos de meação.

A permanecer a interpretação conferida pela doutrina majoritária de que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial herda em concorrência com os descendentes, inclusive no tocante aos bens particulares, teremos no Direito das Sucessões, na verdade, a transmutação do regime escolhido em vida—comu-

nhão parcial de bens – nos moldes do Direito Patrimonial de Família, para o da comunhão universal, somente possível de ser celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Não se pode ter após a morte o que não se queria em vida. A adoção do entendimento de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do falecido a todo o acervo hereditário, viola, além do mais, a essência do próprio regime estipulado.

Por tudo isso, 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. Desse modo, 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, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes.

Dessa forma, a referida manifestação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça apresenta uma linha de entendimento na qual se apresenta a seguinte solução para a concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens:

| Jurisprudência | Meação | Cônjuge herda bens particulares? | Cônjuge herda bens comuns? |
|------------------------------|--------|----------------------------------|--------------------------------------|
| Superior Tribunal de Justiça | Sim | Não | Sim, em concurso com os descendentes |

Diante do exposto, a doutrina de Maria Berenice Dias é a que melhor se harmoniza com a orientação jurisprudencial da nossa Corte Especial, pois afasta a concorrência entre cônjuge, em relação ao bem particular, e os descendentes do *de cujus*, e a admite no que tange aos bens comuns da meação deixada por este e revertida em acervo hereditário, aplica-se assim, a mesma lógica da união estável.

Ressaltando-se que nesta hipótese evidencia-se o tratamento mais benéfico ao cônjuge do que ao companheiro, consoante o disposto no artigo 1.832 do CC/02, que trata do valor da quota do cônjuge quando concorre com os descendentes do *de cujus*, inclusive na hipótese de haver descendentes comuns garante ao cônjuge sobrevivente a quota mínima de $\frac{1}{4}$, em comparação ao que dispõe o artigo 1790, I do CC/02 que garante quota igual ao companheiro em concorrência com os descendentes comuns, e no caso de descendentes exclusivos do *de cujus*, o inciso II do mesmo artigo, garante ao companheiro a quota da metade do que couber a cada um dos respectivamente.

3. A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1 O PRINCÍPIO DA ETICIDADE

O princípio da eticidade nos orienta no sentido de que abandonemos, um pouco, o rigor da técnica predominantemente jurídica para que possamos valorar o que é legítimo e justo, observando critérios éticos, tais como a equidade, a boa fé e a justa causa.

Diante deste conceito básico e confrontando-o com o que tem sido sustentado pela doutrina e pela jurisprudência quanto à concorrência, no regime da comunhão parcial, entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do *de cujus*, em relação aos bens particulares, não parecem justos e legítimos:

- a) Que o indivíduo ao casar-se pelo regime da comunhão parcial, na dissolução do casamento por causa da sua morte, tenha parcela de seus bens particulares comunicando-se a favor do cônjuge em evidente prejuízo de seus descendentes;
- b) Que o cônjuge não concorra quanto aos bens comuns, oriundos da meação do falecido, ainda mais que tal hipótese é expressamente admitida na união estável;
- c) Que o cônjuge ao contrair novas núpcias no regime da comunhão parcial, caso faleça, tenha parcela dos bens herdados de seu primeiro cônjuge revertida em favor de alguém totalmente estranho àquela relação familiar originária, em evidente prejuízo aos descendentes desse;

Ao justificar, na elaboração do Enunciado 270 do CJF, Mário Luiz Delgado Régis apresentou o seguinte exemplo de violação do princípio da eticidade para refutar os argumentos daqueles, que como José Francisco Cahali, defendem a concorrência do cônjuge também em relação aos bens comuns:

Assegurar a concorrência sobre a totalidade da herança de acordo com a existência ou não de bens particulares pode dar ensejo a fraudes, como na hipótese em que o cônjuge moribundo recebe doação de um determinado bem (art. 1659, I) feita por suposto amigo, na verdade amante de sua esposa, com o único objetivo de assegurar a concorrência desta sobre os bens integrantes da meação do marido. Admitir tal possibilidade implicaria violação ao princípio da eticidade;

Hipótese mais plausível seria aquela em que suposto amigo de indivíduo divorciado, com filhos e cuja saúde é bastante debilitada, lhe apresenta jovem de tenra idade, na verdade sua amante, e incentiva o casamento entre os

dois, vislumbrando assim o recebimento, em favor da viúva, de parcela dos bens particulares que serão deixados pelo enfermo na sua morte.

Na hipótese aventada, se ocorrer o casamento pelo regime da comunhão parcial, estará o Código Civil legitimando o denominado “golpe do baú”, a *contrario sensu* se admitirmos a concorrência somente em relação aos bens comuns tal legitimação jamais ocorrerá em respeito justamente ao princípio da eticidade.

3.2 O PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE

O princípio da operabilidade consiste na aplicação prática da norma legal às mais variadas situações fáticas, visando à efetividade do direito, por isso o CC/02 evita o bizantino, o complicado e afasta as perplexidades e complexidades.

Ao analisarmos, sob a ótica deste princípio, o entendimento doutrinário e jurisprudencial que admite a concorrência, no regime da comunhão parcial, entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do de cujus em relação aos bens particulares, verificamos que:

- a) Haverá hipóteses em que a confusão patrimonial decorrente de bens particulares, especialmente se houver bem imóvel, deixados em acervo hereditário será tamanha que simplesmente se tornará inviável garantir o efetivo proveito socioeconômico destes bens aos descendentes;
- b) A jurisprudência quando afasta o direito do companheiro em concorrer com os descendentes no que tange aos bens comuns, colide frontalmente com o princípio da operabilidade, pois deixa de efetivar norma expressa no CC/02;

A harmonização do sistema no direito sucessório tornar-se-á viável quando se admitir que a concorrência, entre cônjuge e descendentes, incide somen-

te sobre os bens comuns, tal como acontece na união estável, até porque, em ambas as situações, o regime de bens é o da comunhão parcial. Assim estaremos homenageando o princípio da operabilidade sem ofensa ao princípio da isonomia.

3.3 O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE

O princípio da socialidade se caracteriza pela prevalência dos valores e interesses sociais sobre os valores e interesses individuais. Diante dessa premissa, o direito civil abandona a orientação centrada no indivíduo que tudo pode fazer desde que não lhe seja proibido, e se direciona para o ideal maior do nosso ordenamento jurídico que consiste em alcançarmos uma sociedade fraterna fundada na harmonia social, conforme anuncia o preâmbulo da nossa Carta Magna.

O direito sucessório tem como destinatário principal a família deixada pelo falecido, base da sociedade e merecedora de proteção especial do Estado, consoante o art. 226, *caput* da CRFB/88. Observa-se que essa proteção se estende à união estável nos termos do § 3º do referido artigo, que prevê o seu reconhecimento como entidade familiar, cabendo ao Estado facilitar a sua conversão em casamento, portanto esta é a opção preferencial para a formação da entidade familiar.

Observamos também que o direito sucessório cuida de questões patrimoniais e, portanto deve atender ao princípio da função social da propriedade que tem como um de seus corolários o respeito à propriedade privada.

Diante das considerações apresentadas, percebemos que, pelo menos, quanto aos efeitos da sucessão sobre os bens particulares do *de cuius*, a opção pela união estável, como entidade familiar, é mais segura para garantir os direitos dos descendentes sobre tais bens, do que a opção pelo casamento no regime da comunhão parcial. Evidentemente esta conclusão não se coaduna com o princípio da socialidade, mas é a única que podemos extrair quando existe a possibilidade, ainda que por

via transversa, da “socialização” dos bens particulares constantes de acervo hereditário em favor de indivíduos estranhos àquela entidade familiar original, em evidente prejuízo dos descendentes e propiciando o enriquecimento sem causa desses.

Portanto ao prevalecer o que vem sendo sustentado pela doutrina e jurisprudência e na medida em que os indivíduos optem pela união estável ao casamento, estaremos ignorando o princípio da socialidade desde a formação da entidade familiar, pois como foi dito anteriormente o Estado prefere o casamento à união estável.

Por todo o exposto discordamos de quem sustenta que o princípio da socialidade é observado quando o legislador opta pela concorrência entre o cônjuge e os descendentes quanto aos bens particulares no regime da comunhão parcial, pois se esquecem das repercussões e desdobramentos disto no mundo real.

Entendemos que o princípio da socialidade é plenamente respeitado quando se confere ao cônjuge a sua participação no acervo hereditário, quanto aos bens comuns oriundos da meação do falecido em concorrência com os descendentes.

4. A SEGURANÇA JURIDICA E A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

A segurança é uma das metas a ser alcançada pelo Estado Democrático de Direito, e está elevada no mesmo patamar da liberdade, do bem-estar, da igualdade e da justiça, tratando-se, portanto, de valor supremo da nossa sociedade, nos termos do que assevera preâmbulo da CRFB/88. Podemos então afirmar que a segurança jurídica consiste em um valor supremo e imponderável do nosso ordenamento jurídico, se sobrepondo aos princípios e normas, na medida em que estes admitem ponderações e relativizações.

Existem dois aspectos relevantes quanto à segurança jurídica: o primeiro é a previsibilidade das decisões dos órgãos estatais que aplicam as leis; e o segundo é a estabilidade das relações jurídicas definitivas. Em decorrência destes aspectos, “a lei nova não pode desorganizar o sistema, criando contradições ou dificuldades insuperáveis de compatibilização e interpretação, levando o aplicador e o destinatário do direito a perplexidades e conflitos graves e de difícil solução”¹⁴.

Diante do exposto, entendemos que a questão do direito sucessório que trata da concorrência entre cônjuge e descendentes, quanto aos bens particulares, no regime da comunhão parcial, impõe aos descendentes uma onerosidade intolerável, pois em algumas situações pode até mesmo inviabilizar o direito efetivo à herança.

Alguém poderá alegar que o valor supremo da segurança jurídica deve ceder então ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88), e por isso o cônjuge deve receber uma proteção maior em detrimento dos descendentes. Em resposta, entendemos que os descendentes são tão merecedores quanto o cônjuge do respeito ao mencionado fundamento, e o cônjuge recebe a proteção devida quando concorre quanto aos bens comuns advindos da meação do *de cuius*, além de ter o direito real de habitação assegurado pelo art. 1.831 do CC/02.

Outros poderão alegar que a lei nova (CC/02) rege as sucessões ocorridas a partir da sua vigência e, portanto não há ofensa alguma a segurança jurídica, de fato esta questão é incontroversa, e infelizmente não podemos indagar aos que deixaram descendentes e bens particulares em acervo hereditário, se concordam que tais bens possam eventualmente ser distribuídos para pessoas que lhe são estranhas em prejuízo de seus descendentes. A imprevisibilidade de percepção, no âmbito do direito sucessório, desta questão para o “homem médio” que se casa pelo regime de comunhão parcial de bens e a certeza, pelo censo comum, de que a resposta, a referi-

da indagação, seria negativa nos faz concluir que há ofensa a segurança jurídica naquilo que vem sendo defendido pela doutrina e decidido pela jurisprudência dos Tribunais Estaduais, pois há clara ofensa à livre manifestação da vontade dos nubentes na escolha do regime de bens do casamento.

Haverá, ainda, quem atribua tudo isso ao que foi apresentado na exposição de motivos do CC/02, justificando que o regime de bens supletivo vigente até 1977, era o da comunhão universal, com isso o legislador quis conferir, aos cônjuges casados pelo novo regime supletivo, o da comunhão parcial, uma maior proteção na dissolução do casamento pela morte de um deles, assim, teria sido admitida a concorrência entre cônjuge e descendentes quanto aos bens particulares. Se admitirmos essa justificativa, teremos que concluir que o legislador positivo do século XXI quis ressuscitar parcialmente algo que estava revogado há 25 (vinte e cinco) anos sem se ater ao fato de que o mundo mudou, e que desde as últimas décadas do século XX existe uma nova ordem nas relações familiares em que ambos os cônjuges contribuem para o sustento e bem estar da família, e esse esforço comum é que deve ser reconhecido em favor daquele que se tornou viúvo(a).

Ressalte-se que na exposição de motivos do CC/02 é reconhecido o direito do cônjuge em concorrer com os descendentes, passando a ter o *status* de herdeiro necessário “[...] com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto” (*in verbis*). No entanto não há qualquer referência de que esta atenção especial destina-se ao cônjuge sobrevivente desprovido de meação como sustentam alguns autores. Entendemos que a maior proteção dada ao cônjuge não se refere à concorrência sobre os bens particulares e sim sobre os bens comuns, até porque dessa forma a perfeita aderência com o regime de bens supletivo vigente, que é o da comunhão parcial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se, ao longo do estudo, demonstrar as questões jurídicas que decorriam dos diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais com relação ao artigo 1.829, I do CC/02, em especial no que se refere à concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens.

A análise do tema sob a ótica dos princípios norteadores do CC/02 e da segurança jurídica demonstrou o desequilíbrio ao qual o sistema do direito sucessório estava submetido e que vinha sendo chancelado pela maioria dos doutrinadores e magistrados de todo o país.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça ao prestigiar a manifestação da vontade dos nubentes na escolha do regime do casamento e em consequência garantir a segurança jurídica desta manifestação para efeitos do direito das sucessões, encontrou uma solução capaz de pacificar as contradições e afastar as perplexidades que vinham sendo apresentadas quanto ao tema da concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial.

REFERÊNCIAS

CAHALI, José Francisco, HIRONAKA, Giselda Maria de Fernandes, Novaes. Direito das sucessões. In: CAMBLER, E. A. (Coord.). *Curso avançado de direito civil volume 6*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, Maria Berenice. O inc. I do artigo 1.829 do CC: *algumas interrogações*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=844&isPopUp=true>. Acesso em: 07 out. 2009.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.6.

HIRONAKA, Giselda Maria de Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: Hironaka, G.M.F.N.; Pereira, R.C. (Coord.). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 1: parte geral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. 4: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira, A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão do cônjuge. In: DELGADO, M. L. e ALVES, J. F. (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Editora Método, 2004.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado, 2005, III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, (Org.) AGUIAR JR., Ministro Ruy Rosado. Brasília, 2005.

THEODORO JR, Humberto, *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*, Revista EMERJ, v. 9, n. 35, 2006.

VELOSO, Zeno, do direito sucessório dos companheiros. In: DIAS, M. B. e PEREIRA, R. C. (Coord.). *Direito Civil e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões* (Coleção de direito civil). 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 7.

NOTÍCIAS DA FACHA

AULA MAGNA

No dia 21/08/2013, às 19 horas, no auditório Barbosa Lima Sobrinho, da FACHA, a Professora Miriam Ventura proferiu a Aula Magna de 2013.2, tratando do tema Direito e Saúde: o que o Direito pode dizer e fazer? A Professora Miriam Ventura é Mestre e Doutora em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e é Professora Adjunta do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva (IESC) da Universidade Federal do Rio de Janeiro(UFRJ).

DIREITO e SAÚDE
O que o Direito pode dizer e fazer?

AULA MAGNA do Curso de Direito
Em comemoração ao 3º aniversário de instalação do Escritório de Prática Jurídica das
Faculdades Integradas Hélio Alonso – EPJ/FACHA

com Miriam Ventura
Professora adjunta no Instituto de Estudos em Saúde Coletiva - IESC da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

21 DE AGOSTO DE 2013
às 19h no Auditório da FACHA

Mais Notas de
ATIVIDADE COMPLEMENTAR
para os Alunos da FACHA

FACHA
FACULDADES INTEGRADAS
HELIO ALONSO

A aula Magna de 2014.1 foi ministrada pelo Professor Carlos Raymundo Cardoso no dia 19/02/2014, no auditório Barbosa Lima Sobrinho, na FACHA, tratando do tema A crítica construção do Estado Democrático de Direito. O Professor Carlos Raymundo Cardoso é Desembargador aposentado do TJRJ e é Professor de direito penal e processual penal e Coordenador do NPJ do Departamento de Direito da PUC-Rio.



Aula Magna do Curso de Direito
“A crítica construção do Estado Democrático de Direito”

Com Carlos Raymundo Cardoso

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça no Rio de Janeiro, professor de direito penal e processual penal e Coordenador Geral do Núcleo de Prática Jurídica do Departamento de Direito da PUC Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

19 de fevereiro de 2014
às 19 horas

Rua Muniz Barreto 51, Botafogo
Tel.:(21) 2102-3100

Vale como
Atividade Complementar

FACHA
FACULDADES INTEGRADAS
HELIO ALONSO

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

Total geral de processos judiciais em curso em 2014.1

| Área | Total geral de demandas em curso | Processos ajuizados | Processos Findos |
|--------------------|----------------------------------|---------------------|------------------|
| Cível | 42 | 01 | 13 |
| Penal | 12 | 02 | 0 |
| Trabalhista | 06 | 03 | 04 |
| Família | 13 | 07 | 08 |
| TOTAL GERAL | 73 | 13 | 25 |

Área de Família:

Na área de Direito de Família, correspondente à Prática IV, foram realizadas sessões de estudo prático, trabalhos e pesquisas sobre temas da Área de Família com elaboração de peças processuais além de orientação aos alunos sobre competência (foro competente), legitimidade, diferença entre solidariedade e subsidiariedade (ação avoenga). Tivemos avanços no que diz respeito à multidisciplinaridade do estudo sobre alienação parental e a psicologia (psicossocial). Foram realizados estudos sobre alimentos provisórios e provisionais; valor da causa nas ações de alimentos; investigação de paternidade cumulada com alimentos (exame de DNA – UERJ); diferença entre preliminar de mérito e prejudicial de mérito; Divórcio (Litigioso e consensual), Divórcio (direto e indireto) e a E.C. 66/2010; Ação anulatória de casamento; Fases do Processo (postulatória, saneadora, instrutória e decisória).

Área Penal:

Neste semestre tivemos dois processos iniciados do procedimento comum o que é de grande valia para os estagiários, pois facilita a criatividade na elaboração de teses de defesa e, posteriormente, confecção das peças processuais. Foram realizadas sessões de estudos práticos com os alunos, inúmeros trabalhos simulados (nos moldes da prova da OAB), bem como orientação dos alunos e partes.

Psicologia Jurídica:

A inserção da Psicologia no EPJ foi importante para o investimento na interdisciplinaridade, porém, ainda é pouco conhecida pelo nosso público-alvo. Será importante ampliar a divulgação desta atividade. Os encaminhamentos têm acontecido por intermédio do prof. Lázaro ou pelo prof. Osvaldo Munteal.

De toda forma, enquanto não há uma ampliação neste atendimento, esta atividade tem se revertido para atendimentos aos alunos que buscam a professora psicóloga para falara de suas dificuldades pedagógicas ou alguma dificuldade com uma referida matéria ou professor.

Neste semestre que passou, tivemos paciente psiquiátrica, ex funcionária da PUC, buscando atendimento para mediação na relação profissional. Foi bastante importante o acolhimento, pois a referida usuária chegou bastante abalada e exaltada, saindo daqui mais calma e compreendendo a proposta de atendimento do EPJ, porém, foi importante o acolhimento ofertado, pois a senhora estava bastante transtornada. Nos colocamos à disposição, porém, dentro do que foi circunscrito que é a atividade da psicologia jurídica. Encaminhamos à rede para atendimento psi clínico.

Mediação de Conflitos:

No primeiro semestre de 2014 foram realizadas 03 sessões de medição de conflitos, todas relativas à área cível, sendo que apenas 02 delas chegaram a bom termo.

Também neste primeiro semestre de 2014, mais precisamente no dia 19 de maio, o presente núcleo promoveu palestra com a Dra. Gabriela Asmar, acerca do tema.

Por fim, à título de atividades complementares, foram passados dois textos para fichamento, aos alunos interessados.

MONITORIA, TCC E INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Foram renovadas as bolsas de monitoria mantendo os seguintes alunos e áreas:

| Aluno | Área | Docente |
|-------------------------------|------------------------|------------------|
| Kícia Maria Cunha de Carvalho | Direito Penal | Carolina Médici |
| Otávio H.A. Madeira | Filosofia Jurídica | Maria Paulina |
| Bruna Targino | Direito Civil | Daniel Machado |
| Arnon de Mello Sobrinho Neto | Direito Empresarial | Verônica Lagassi |
| Andressa Rodrigues Machado | TGP e Processo Civil 2 | João Fernando |
| Vanise Guimarães da Silveira | Constitucional | Cristiano Vecchi |

Em 13 de maio de 2014 ocorreu a JORNADA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC) E DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA.

A exposições orais de TCC nota dez foi realizada por meio de palestra no auditório e pôster no pátio.

A palestra de 15 minutos foi proferida pela aluna FLÁVIA CRISTINA DE OLIVEIRA, com o tema o uso de medidas protetivas de acolhimento institucional em confronto com a garantia do direito à sobrevivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, tendo tido como Orientador o Professor Eduardo Domingues.

Apresentaram Pôster as Alunas Jackeline Ferreira do Nascimento, com o tema O Contrato de Trabalho Verbal Na Indústria do Carnaval: Paradigmas d Precarização do Emprego, orientada pelo Professor Luciano Viveiros e a Aluna Tatiana Ferreira da Silva, com o tema Adoção Homoparental conjunta, orientada pela Professora Marta

Alonso. Avaliaram as atividades pelo Curso de Direito os Professores Leonardo Vizeu e Flávia Fernandes.

A apresentação dos Projetos de Pesquisa da Iniciação Científica ocorreu na sala 33, com exposição pelos alunos dos resultados parciais obtidos, seguido de debate. As apresentações seguiram o cronograma abaixo.

| HORÁRIO | ALUNO | TEMA | ORIENTADOR |
|----------------|-----------------------------|--|-------------------|
| 20:20-20:30 | PEDRO HENRIQUE DE OLIVEIRA | LEI POSITIVA E FILOSOFIA NA POLIS | DANIEL MACHADO |
| 20:30-20:40 | JULIANA MENEZES R CELESTINO | LIBERDADE DE EXPRESSÃO: COMUNICAÇÃO, IMPRENSA E REGULAÇÃO | JOÃO PAULO |
| 20:40-20:50 | RAQUEL MACEDO BOECHAT | LIBERDADE DE EXPRESSÃO: COMUNICAÇÃO, IMPRENSA E REGULAÇÃO | JOÃO PAULO |
| 20:50-21:00 | GERALDO MÁRCIO P MAINENTI | O JORNALISMO COMO QUARTO PODER: A LIBERDADE DE IMPRENSA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE | JOÃO PAULO |
| 21:00-21:20 | DEBATE AVALIATIVO | | |

O Professor Jorge Aurélio Domingues Coordenou a avaliação, tendo também participado os Professores Cristiano Vecchi e Eduardo Domingues.

FORMANDOS

Em 2013.2 se formaram os seguintes alunos:

Adriana Franco Tabanela Coelho Thomé
Barbara Augusta Souza Vieira
Bruna Salomão
Carine Lourenço
Cristiane Arigoni Braga da Silva
Fernanda De Andrade Vecchi
Flavia Cristina de Oliveira
Geraldo Marcio Peres Mainenti
Jackeline Ferreira do Nascimento
Janaina de Jesus Miranda
Juliane Brandão de Freitas
Marcelo Fonseca da Silva
Marcia Torres dos Santos
Marco Haddock Lobo
Mariana de Andrade Linhares Barsted
Matheus Freitas Dias
Moyses Alberto Mizrahi
Samantha Medeiros Verlingue
Sara de Oliveira Alves

Em 2014.1 se formaram os seguintes alunos:

Adriano Eduardo Cordeiro de Sena
Bárbara Regina da Silva Gonçalves
Carina da Silva Pacheco
Débora Pires de Melo
Gabriel de Souza Silva
Gabriella Salgado Prado
Josenilda Cardoso Cosendey Santana
Juliana Diniz Fonseca Corvino
Lourival Silva Ribeiro
Luiz Felipe da Costa
Maria Helena Santana Cruz
Pedro Luiz de Oliveira Pessoa
Regina Borges Coelho
Ricardo Mantovani Dias
Sérgio de Oliveira Vieira

DISCURSO DO PARANINFO

A Formatura da turma de 2014 ocorreu em 20/08/2014, tendo sido escolhida como Paraninfo a Professora Flávia Fernandes Aguiar de Castro, que proferiu o seguinte discurso:

Foi com imensa surpresa e felicidade que recebi a notícia de que havia sido eleita madrinha dos formandos do 1º semestre/2014. Surpresa porque, dentre vocês, alunos, a maioria estudou comigo no início do curso, mantendo esse carinho e consideração até hoje. Felicidade, porque receber esse título é demonstração de estima e reconhecimento da minha dedicação na formação profissional de cada um de vocês, além de ser cargo de muita responsabilidade.

Assim, na condição de professora, e agora madrinha, aproveito a oportunidade para ministrar uma última aula em forma de agradecimento e conselho àqueles que me homenageiam com esse maravilhoso título de “paraninfa”.

Inicialmente, gostaria de dizer que hoje é um dia que ficará na vida de vocês como o dia da vitória, o dia da consagração de um desejo realizado, de um futuro planejado e executado por vocês. Mesmo com muito esforço e dificuldade, vocês conseguiram completar essa meta, deram o primeiro passo para o futuro que escolheram e que, com certeza, foi a escolha certa.

Há cinco anos, vocês chegavam com entusiasmo e curiosidade peculiares dos calouros. E eu estava lá, recebendo os novos alunos na condição de substituta do grande mestre Leonardo Jacinto. Vocês chegaram com expectativas de se transformarem em advogados. E, mesmo no início do curso, sem saberem das respostas, já experimentavam as consultas jurídicas por amigos e vizinhos sobre um problema qualquer. Tais demandas já lhes davam a sensação da grandeza da profissão do advogado. Quanta alegria nesse começo.

Aí vieram os dias, os meses. Os anos se passaram... vocês, com toda dificuldade, lutaram para passar nas provas, elaborar monografia e terminar o curso com louvor.

Como num filme, vocês, sem esmorecer pelo árduo caminho, buscavam estágios e novos aprendizados, estudavam e trabalhavam; tentavam de todo jeito encerrar os semestres, mesmo que os professores não quisessem arredondar as notas de três para sete – isso era o pior.

O tempo passava e vocês não percebiam que se transformavam. Transformavam-se em pessoas diferentes, em operadores do Direito. Transformavam-se na postura, na forma de falar e de se vestir.

Hoje quase não os reconheço mais, não fosse pelo mesmo olhar meigo de todos ao se dirigirem a mim; não vejo mais aqueles calouros ansiosos e cheios de dúvidas, só vejo grandes pessoas com grandes sonhos de realização profissional. Só vejo grandes caminhos e grandes advogados, futuros companheiros.

Agora, minhas últimas lições são para o que estar por vir, para o sonho do futuro na nova profissão. Assim, nunca se percam da justiça; mesmo que utópica, ela deve nortear todas as ações da carreira que escolheram; ela tem a força de lhes mostrar o caminho da igualdade e, consequentemente, da repartição equânime do que chamamos Direito.

Apropriem-se do poder que o Direito lhes dá e o espalhem. Porém, jamais o usem para promover o benefício próprio ou o infortúnio alheio. Jamais se esqueçam da importância do saber jurídico na sociedade, na vida das pessoas necessitadas de justiça.

E, por óbvio, não poderia deixar de citar Rui Barbosa que, em seu primeiro discurso como paraninfo de uma turma de Direito, em 1920, invocou a “igualdade” dizendo: A regra da igualdade não consiste senão em quinohar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho,

ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.

Assim, sejam pessoas justas, sejam humanos, cuidem da sociedade como um dia sonharam em fazê-lo na condição de advogados. Mas, acima de tudo, invistam no saber constante, sejam grandes. E, parafraseando Fernando Pessoa, sejam do tamanho daquilo veem, e não do tamanho de suas alturas.

O futuro começa agora, um futuro brilhante, cheio de desafios e vitórias. Mesmo que eu não esteja presente fisicamente nesse futuro, lá sempre estarei. Estarei no DNA da formação de vocês, estarei eternamente presente em cada informação que um dia construiu o profissional no qual se transformaram.

Saibam que, apesar dessa conclusão de curso, eu, na condição de professora, amiga e, agora, madrinha, estarei sempre à disposição de todos vocês, estarei de braços abertos para lhes acolher e lhes abençoar. Meus queridos, sucesso na carreira, muita felicidade!

Já posso sentir a saudade que essa turma de afilhados vai me deixar!

NORMAS DE PUBLICAÇÕES

LINHA TEMÁTICA: DIREITOS FUNDAMENTAIS, ESTADO E SOCIEDADE CIVIL

1. Os interessados em colaborar na Revista Eletrônica do Curso de Direito da Facha devem enviar seus trabalhos digitados no editor Microsoft Word ou similar e salvos no formato DOC, DOCX ou RTF para o endereço eletrônico: revista.direito@facha.edu.br
2. Os textos devem ter, no máximo, 20 laudas, incluindo elementos pré-textuais e referências bibliográficas, em Times New Roman 12, ou Arial 12, espaço 1,5, de acordo com as normas da ABNT vigentes e seguindo o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.
3. Referências bibliográficas também devem obedecer às normas da ABNT.
4. Os textos devem ser acompanhados de resumo e abstract de até 250 palavras cada e de elenco de palavras-chave e key-words, em português e em língua estrangeira (espanhol, inglês ou francês).
5. Ilustrações a serem incluídas devem se adequar ao formato 17 x 24cm, com 300 dpi, enviadas nos formatos JPG, PNG ou TIF, com crédito das imagens utilizadas.
6. Entrevistas, traduções e resenhas devem vir acompanhadas da ficha técnica completa, bem como liberação de direitos (se necessário).
7. No corpo do trabalho, assim como no nome do arquivo, não deve vir menção ao autor do mesmo. Os trabalhos devem vir acompanhados de arquivo específico com crédito acadêmico e/ou profissional sumário, identificando os autores, as IES que estejam vinculados e seus respectivos e-mails de contato.
8. Os trabalhos enviados serão submetidos ao corpo editorial da Revista e/ou a pareceristas externos (cuja avaliação é sigilosa), podendo ser aceitos ou recusados.



Revista Direito & Diversidade
ISSN 2316-1280
Ano 03 - Nº 4 - 05/2015
Curso de Direito - Unidade Botafogo
Rua Muniz Barreto, 51 - 2102-3100
www.facha.edu.br