

# **AS DECISÕES CONTRÁRIAS À LEGISLAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES: UM JUDICIÁRIO LEGISLADOR**

*THE DECISIONS AGAINST THE LEGISLATION OF THE SUPERIOR COURTS: A JUDICIARY  
LAWMAKER*

*Alexandre Pimentel<sup>1</sup>*

**RESUMO:** Através dos métodos lógico, dedutivo e comparativo, o presente trabalho tenciona realizar análise de como o Poder Judiciário tem atuado na criação de normas e da necessidade da aplicação do instituto e os necessários controles a serem desempenhados pela função judicante como medida necessária à repartição constitucional de funções.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial institucionalizado. Decisões contrárias à legislação vigente. Violação de direitos.

**ABSTRACT:** Through the methods of logic, deductive and comparative, the present work intends to analyze how the Judiciary has acted in the creation of norms and the necessity of the application of the institute and the necessary controls to be performed by the judicial function as a necessary measure to the distribution Constitutional of functions.

**Keywords:** Institutional judicial activism. Decisions against the current legislation. Violation of rights.

## **INTRODUÇÃO**

Para que se entenda aquilo que será apresentado, devemos antes analisar um pouco de nossa história e buscar em nossas memórias fatos que podemos colocar ora como um avanço, ora como retrocesso social. Bem por isso que todo trabalho pautado em uma análise crítica da realidade começa por

---

<sup>1</sup> Advogado, especialista em Direito Empresarial (UEL/2003), professor de Direito Econômico, e Direito Privado VI, VII e VIII junto a FASC/OAPEC – Organização Aparecido Pimentel de Educação e Cultura, matriculado no Programa de Mestrado da UNIVEM/Marília no ano de 2016.

uma visão histórica, para que o leitor tenha maior amplitude da matéria trazida a lume.

No presente trabalho, não poderia ser diferente. Assim, muito embora a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) seja vista como uma novidade, é necessário lançar um olhar no histórico do Constitucionalismo, a pedra angular que constitui o alicerce da construção doutrinária surgida da Corte Constitucional Colombiana, e que o direito brasileiro está se pautando para introduzir em nossa legislação. Desta forma, é necessário, pois, inicialmente, falar das origens do Constitucionalismo, de tripartição do poder e de ideia da supremacia constitucional, bem assim de ativismo judicial, antes mesmo de adentrar no que se pretende estudar no presente trabalho.

Com relação ao Estado de Coisas Inconstitucional, serão tratados no campo das noções gerais do que realmente é o Estado de Coisas e o que o torna inconstitucional, bem como os requisitos permissivos para a sua decretação. Por conseguinte, será analisada a atuação do Poder Judiciário Brasileiro, pelo estudo de casos em que a legislação infraconstitucional foi, de forma flagrante, alterada pelos julgadores, de modo a possibilitar uma discussão crítica acerca dos nortes limitadores ao exercício do poder pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que não se incorra em arbitrariedade ou ineficácia das decisões reconhecedoras do ECI.

Ainda, dentro do tópico referente à atuação do Poder Judiciário, abordar-se-á a análise do artigo 1.641, inciso I do Código Civil e o julgamento do RESP 992749 MS, envolvendo a questão da partilha de bens e a concorrência do cônjuge sobrevivente.

Por fim, discorrer-se-á em torno da necessária mudança de comportamento dos atores do Direito na aplicação das normas jurídicas, sem que suas análises importem na violação das normas vigentes.

## **A ORIGEM DO CONSTITUCIONALISMO ATÉ A MODERNA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL: O ATIVISMO JUDICIAL CAUSADOR DE INSTABILIDADE**

A origem do Constitucionalismo remonta a pré-história, quando o *homo sapiens* teve que conviver em grupos, e com isso se fez necessária a criação de uma forma de controlar o povo e o poder do chefe tribal, que evoluiu até ser o rei. Com efeito, fixou-se que o chefe do grupo carecia de legitimação para controlar e exercer poder sobre seus pares. No princípio, seu poder viria de sua força, mas como ocorreu um aprimoramento do grupo, e com este fato maiores questionamentos, surgiu a visão de uma suposta concessão divina para a representação perante os súditos.

Contudo, tal como fartamente registrado pela história humana, todo aquele que detém determinado poder sobre os outros, acaba por exceder o seu direito e a buscar um domínio ainda maior, de modo que, sem a criação de limites legais, ainda que consuetudinários e com a aplicação de um Direito consubstanciado na religião, em que se pensava que as leis possuíam origem divina e, portanto, prescindiam de qualquer alteração pelo homem.

Com o passar do tempo, o Constitucionalismo foi crescendo e tomando corpo e demonstrando que era sinônimo de cidadania e liberdade, muito embora ainda de forma tímida, sendo que, em 1215 a Carta do Rei João, chamado de Sem-Terra, estabeleceu garantias de liberdade a uma classe de cidadãos, quando determinou a instauração do devido processo legal para os atos perpetrados pelo. Sobre a real validade e respeito do contido na Carta, os historiadores lembram que os atos previstos e as garantias eram frequentemente desrespeitadas pelo monarca<sup>2</sup>.

Albert Noblet ensina que:

*(...) longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres.<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

<sup>3</sup> NOBLET, Albert. *A democracia Inglesa*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1963, p. 28.

A Carta Magna de 1215 foi um grande avanço na concepção do Constitucionalismo, sendo tida como marco histórico; contudo, se tratava tão somente de reconhecer e outorgar direitos aos nobres, deixando de enxergar as injustiças e a penúria em que a população em geral estava submetida. Este fato se dava pela relação ainda existente de vassalagem entre a população e a nobreza inglesa, que era a verdadeira destinatária destes direitos.

Com o passar dos séculos, em especial, com o fim da Idade Média e início da chamada Idade das Luzes, teve início a luta contra o poder absoluto do monarca, com diversas legislações e medidas que viriam a regulamentar direitos (Petition of Rights, de 1628; Lei do Habeas Corpus, 1679; e o Bill of Rights, 1689). A partir daí, os países Europeus e os locais onde estes dominavam passaram a ter nova visão do poder: o poder do monarca era a ele atribuído pelo seu povo.

Rousseau, em sua obra *Do Contrato Social*, destacou que a lei deve ser a expressão da vontade geral do povo<sup>4</sup>.

Mesmo com a vitória da lei sobre os desmandos do monarca absolutista, o grande avanço do constitucionalismo como conquista de direitos a toda a população foi a Revolução Francesa (1791), sob o lema revolucionário: *liberdade, igualdade e fraternidade*. Assim, a revolução desencadeada na França teve o mérito de limitar o poder pelo próprio poder, isto é, com a atribuição de funções/competências a serem desenvolvidas por órgãos distintos, quais sejam Executivo, Legislativo e Judiciário, como ensina Zulmar Fachin<sup>5</sup>.

Já na atualidade, superadas as duas Grandes Guerras Mundiais do século XX, o Constitucionalismo, que já vinha se afastando do liberalismo político desde o início do século XX sob a égide do Estado Social com a Constituição de Weimar e a Constituição Mexicana, empreende uma busca pela efetivação dos direitos e, para tanto, sobrepõe-se à lei para fazer valer os princípios constitucionais, culminando, com base nos ideais norte-americanos, na denominada supremacia constitucional<sup>6</sup>, ou seja, a Constituição passa ao centro da ordenação jurídica,

---

<sup>4</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Ana Resende. São Paulo:, 2000.

<sup>5</sup> FACHIN, Zulmar. *Teoria Geral do Direito Constitucional*. 1. ed. Londrina: IDCC, 2006.

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará: Fortaleza, v.4, nº 2, jul/dez. 2006. p.13-100. Disponível em: <[http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis\\_v4\\_n\\_2.pdf](http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf)>. Acesso em: 23 nov. 2015.

ou, como era defendido por Hans Kelsen<sup>7</sup>, ao topo da pirâmide do ordenamento jurídico.

Reconhecer que a Constituição possui supremacia é aceitar que todas as normas abaixo dela devem estar em conformidade com as normas emanadas pelo constituinte, de modo que, ao menos a princípio, a seminal do constitucionalismo tem como objetivo a limitação do poder do dirigente, sendo que se busca de forma primária garantir direitos de todos os habitantes daquele Estado, sem distinção de qualquer natureza, inclusive no que diz respeito a serem estes cidadãos ou não deste mesmo Estado.

A supremacia constitucional é a segurança do povo, já que assegura a todos que o legislador ordinário não poderá alterar regras previstas na Constituição por conta de seus interesses, mas ser fiel ao texto Constitucional, sendo certo que a lei infraconstitucional, cujo *quorum* de aprovação é notadamente mais fácil de ser obtido, não estará jamais no mesmo patamar de uma norma constitucional, já que esta é hierarquicamente inferior.

Neste sentido:

*Sendo a Constituição norma suprema do Estado, com processo rígido de modificação, toda e qualquer alteração pretendida em seu texto deve se dar conforme manda a própria Constituição, ou seja, a alteração pretendida necessita estar formal e materialmente de acordo com os preceitos constitucionais vigentes, tanto no procedimento adotado quanto no conteúdo proposto.<sup>8</sup>*

Em outras palavras, do reconhecimento da superioridade constitucional se chega à rigidez da Constituição, ou melhor colocando: as normas constitucionais possuem sistema de alteração mais rígido, mais complexo e mais exigente. Deste modo, se faz necessário o devido controle de constitucionalidade para que a Constituição se mantenha rígida e suprema.

Elival da Silva Ramos, crítico assíduo do ativismo judicial, leciona que:

---

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

<sup>8</sup> LAZARI, Rafael de; SANTOS, Hugo Rafael Pires dos. *A inoportuna "Constituinte Exclusiva"*. In: BERNARDI, Renato; LAZARI, Rafael de. (orgs.). *Crise Constitucional – espécies, perspectivas e mecanismos de superação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015, p. 224.

*Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em situações bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.<sup>9</sup>*

Com razão, se for colocado de maneira rígida a necessária observância à separação dos poderes, o Poder Judiciário estaria tomando para si esfera de competência alheia à sua legitimação; contudo, é preciso notar que o ativismo judicial, na grande maioria das vezes, é uma resposta a falta de disciplina legal princípios e as garantias estampadas no Texto Constitucional sejam alcançados, em razão da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução de suas funções.

Não podemos tirar de foco, é bem verdade, que a atuação extraordinária do Poder Judiciário não pode esquecer de ser pautada no respeito ao princípio da reserva do possível, no sentido de considerar aspectos atinentes às condições do Estado na implementação de determinada política pública, ou seja, na medida em que a busca por determinados direitos e garantias, também devem ser observadas as condições fáticas, econômicas e financeiras do poder estatal. Assim, a reserva do possível deve estar alicerçada em três requisitos: i) disponibilidade fática; ii) disponibilidade jurídica; e iii) razoabilidade e proporcionalidade da prestação.<sup>10</sup>

Afastar o ativismo judicial de forma singela não é a solução que se busca, ou seja: ao contrário de o Poder Judiciário atuar proativamente e estar na iminência de avançar sobre a competência alheia, ter-se-ia a perspectiva de que princípios constitucionais não seriam obtidos pelos cidadãos de forma direta, confiando-se exclusivamente na ação do Poder Legislativo, como também no Poder Executivo, conforme cada caso.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117.

<sup>10</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 521.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

Sob este prisma, o Poder Judiciário assistiria de modo passivo aos desmandos e, principalmente, às omissões dos demais Poderes da República, ficando inerte mesmo ante o caminho adotado pelo Estado, razão pela qual o ativismo judicial, uma vez mais se diga, para que direitos fundamentais se vejam concretizados.

## **AS DECISÕES CONTRÁRIAS À LEGISLAÇÃO PELAS CORTES SUPERIORES**

É fato inconteste que as cortes superiores, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal de Justiça estão abarrotados de processos. Contudo, o grande problema não está na quantidade de processos a serem julgados, a questão que se apresenta é outra: e quando uma decisão se mostra contrária à legislação vigente?

Medidas recentes do Supremo Tribunal Federal, em que a interpretação quanto ao cumprimento da pena mesmo quando ainda pendentes recursos nas Cortes Superiores, por si só, bastariam para destacar questões no mínimo conflitantes justamente onde se espera pela proteção da Constituição.

Não apenas a Constituição foi interpretada de forma diversa da que anteriormente fora por todos os demais intérpretes, como também as legislações infraconstitucionais foram em parte interpretadas de maneira diferente do que até então ocorrera pelos demais intérpretes do direito.

Como objeto de estudo, toma-se por base o Recurso Especial nº 992749 MS<sup>12</sup>. Neste, a I. Relatora, Ministra Nancy Andrighi passou a fazer interpretação da vontade do legislador, bem como do cônjuge post mortem, trazendo uma nova interpretação para o artigo 1.829, inciso I do Código Civil:

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

*I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;*<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> BRASIL. STJ. Brasília. REsp 992.749/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, Julgado 01/12/2009, DJe 05/02/2010.

<sup>13</sup> BRASIL, *Código Civil*. Lei 10.406/02. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) Acesso em 15 jun 2017.

A discussão se deu em razão da inclusão ou exclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro do *de cujus* frente à celebração de casamento no regime de separação de bens consensual. Pela análise do artigo, o cônjuge supérstite, quando casado em separação de bens na forma consensual, teria o direito de concorrer com os demais herdeiros nos bens deixados pelo *de cujus*.

A Relatora passou a interpretar que, neste caso, deveria ser analisada a vontade do cônjuge falecido, visando que este, ao celebrar o casamento, não desejava que seus bens fossem transferidos ao seu cônjuge após seu falecimento; por esta razão foi realizada a celebração do casamento em regime de segregação dos bens.

Ainda anotou que o regime de separação de bens previsto no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil é gênero que congrega duas espécies: i) separação legal; ii) separação convencional.

O primeiro tipo, separação legal, não decorre de vontade das partes, mas de determinação legal, prevista no artigo 1.641 do mesmo estatuto civil:

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

Embora o artigo 1829 cite o artigo 1.640 como onde estariam as condições da imposição da separação legal, na verdade as condições de separação legal estão insculpidas no artigo 1.641.

Nota-se, de simples leitura, que a separação legal tem como objetivo a proteção do patrimônio da família, evitando que este seja dispersado.

O inciso I do artigo 1829 do CC/2002 foi claro ao dizer que o cônjuge excluído era aquele casado sob o regime de bens obrigatório, ou seja, o previsto no artigo 1.641 do mesmo código.

A verdade é que, por decisão, neste julgamento, foi feita uma leitura totalmente dissociada com o que realmente ali constava, ou seja, o cônjuge supérstite casado em regime de separação consensual foi afastado de concorrer com os demais herdeiros sobre os bens deixados pelo *de cujus*.



Ainda, neste julgamento, e como base para a decisão, foi a obrigação de que o regime de separação de bens obriga os cônjuges na vida e na morte, não considerando que, se este fato não estiver previsto no pacto antenupcial, recairia na previsão legal, e que o pacto vislumbra, antes, a dissolução do casamento pelo divórcio, não pela morte.

Este voto, que acabou por ser vencedor, afastou muitos outros estudiosos que já tinham se debruçado sobre o tema, e todos tinham feito a análise inversa, ou seja, a de que o cônjuge supérstite casado sob regime de separação de bens consensual concorre com os demais herdeiros.

Porém, antes de ser majoritário tal entendimento, esse na verdade era totalmente minoritário, até mesmo no Superior Tribunal de Justiça, tanto que este julgamento foi feito e o voto foi vencedor por maioria.

Outros julgamentos se seguiram, influenciados que foram por este, REsp 1.377.084 e REsp 1.117.563, sempre com a mesma base e o mesmo argumento: a vontade do cônjuge, manifestada no casamento, deve ser tomada em consideração também no momento de interpretar as regras sucessórias.

Estes julgamentos acabaram por influenciar inúmeros outros julgamentos nos Tribunais dos Estados, destacando o julgamento do Agravo 2024907-83.2015.8.26.0000<sup>14</sup>, em que o julgamento foi totalmente baseado na decisão aqui analisada.

Não foi considerado que os argumentos apresentados no julgamento do REsp 992.749 MS seguiram de forma totalmente contrária à doutrina vigente, bem como à análise e estudo aprofundado do próprio artigo 1.829 e demais artigos do Código Civil correlatos.

Note-se que o argumento por trás do já citado julgamento era de que a separação obrigatória era um gênero que congregaria duas espécies. Mas esta afirmação não corresponde à realidade.

Na verdade, a separação obrigatória não é gênero e não congrega duas espécies. A separação de bens é que constitui gênero e esta é que congrega duas espécies: i) a separação convencional; ii) a separação obrigatória ou separação legal, prevista no artigo 1.641 do código civil.

---

<sup>14</sup> BRASIL. STJ. Brasília. Agravo n.º 2024907-83.2015.8.26.0000, Rel. Mary Grün, julgado 14/10/2015.

Outra questão não suscitada no julgamento em análise é que a morte põe fim à sociedade conjugal, tal como preceitua o artigo 1571, inciso I do Código Civil:

**Art. 1.571.** *A sociedade conjugal termina:*

*I - pela morte de um dos cônjuges;*

*II - pela nulidade ou anulação do casamento;*

*III - pela separação judicial;*

*IV - pelo divórcio.*

**§ 1º** *O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.*

**§ 2º** *Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.*

Como se nota, a morte põe fim ao casamento, bem como ao regime de casamento, que com ele se extingue. Não bastasse esta leitura, ainda teríamos o artigo 1845, que declara o cônjuge como herdeiro necessário, concorrendo com os demais, sejam ascendentes ou descendentes:

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

Desta forma, verifica-se que a mesma legislação coloca o cônjuge na categoria de herdeiro, e não qualquer herdeiro, mas na categoria de herdeiro necessário.

O cônjuge tem os mesmos direitos à herança, vedado somente aquele caso em que a própria legislação civilista afasta de maneira definitiva da sucessão.

Não bastasse esta visão, temos que levar em consideração que o matrimônio tem o intuito de plena comunhão de vida, adotando o Código Civil o princípio constitucional da vedação de retrocesso social, e o reconhecimento da comunhão do casamento, assim como a proteção ao ente familiar, patrimônio protegido pela Constituição Federal.

Outro fator que não foi considerado pelos julgadores no caso em análise diz respeito ao que realmente trata o pacto antenupcial. Este contrato é um acordo de incomunicabilidade dos bens e administração no curso do casamento.

O pacto antenupcial deve ser utilizado quando o casamento chega ao seu fim por meio do divórcio, uma das formas previstas no artigo 1571 do Código Civil para a extinção do casamento. Mas ele não pode ser utilizado como maneira de exclusão do cônjuge supérstite do seu direito de herdar. Caso fosse intenção *de cujus* afastar o seu cônjuge da sucessão, bastaria elaborar um testamento, excluindo-o de sua sucessão.

Não se pode utilizar de um instrumento de administração de bens para afastar o direito de herança.

Ademais, o pacto antenupcial não pode produzir efeito após a morte de uma das partes, por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime patrimonial.

Outro fator não considerado é que, o fato gerador do direito sucessório é a morte de um dos cônjuges, como determina, inclusive, o artigo 1784, que dispõe da abertura da sucessão:

**Art. 1.784.** Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Logo, o fato gerador do direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como é cediço no direito de família, a vida em comum.

Ora, as situações são distintas e, portanto, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua no *post mortem*.

Agentes do direito reunidos na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada entre os dias 01 e 03 de dezembro de 2004, ocorrida no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, emitiram seus enunciados, destacando-se para este estudo o enunciado de número 270, que assim foi publicado:

*O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens,*

*devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.*<sup>15</sup>

Como já adiantado, o julgamento do REsp 992.749 MS foi por maioria de votos. Diante de vários embates em processos diversos, mas com o mesmo tema, passou a mesma Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça a modificar seu entendimento, tanto que no REsp 1.346.324/SP<sup>16</sup> foi derrotada a tese aqui analisada, e reconhecido o direito de concorrer na sucessão o cônjuge casado em separação de bens consensual.

## **A NECESSÁRIA MUDANÇA DE COMPORTAMENTO DOS ATORES DO PODER PÚBLICO NA INTERPRETAÇÃO DAS LEIS**

Temos que levar em consideração que os atores do Poder Público devem modificar sua maneira de atuar, na forma de encarar os problemas que o cotidiano apresenta e o reconhecimento de que suas decisões abalam o cotidiano de toda a sociedade.

Este entendimento, essa mudança que se faz primeira é na concepção de mundo que cada sociedade quer ver para si, de modo que se a violação de direitos fundamentais, a injustiça velada ou revelada, a miséria e a corrupção se tornam algo corriqueiro, e dentre estas interpretações errôneas ou mesmo singulares de um determinado texto legal podem significar um retrocesso social.

No caso em estudo, temos que considerar que o Código Civil de 2002 foi um avanço em vários sentidos, visto que aprimorou as relações entre as partes, modernizou entendimentos e, no caso específico do direito de sucessão, ampliou os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que únicos deixados pelo falecido, e este direito foi também estendido ao casado pelo regime da separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular.

---

<sup>15</sup> Brasil, CNJ. *Jornadas de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados> Acesso em: 14 de agosto de 2017.

<sup>16</sup> BRASIL. STJ. REsp 1.346.324, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. para o Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado 19 de agosto de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/> Acesso em: 14 de agosto de 2017

Caso a intenção do cônjuge seja a de que seu patrimônio não possa ser herdado pelo cônjuge supérstite, não basta que este fato seja declarado no ato do casamento, por meio de pacto antenupcial. Deve ser celebrado o testamento, que este sim representa a vontade do falecido para a destinação de seu patrimônio disponível.

Ao contrário, os atores do REsp 992.749/MS realizaram uma leitura de forma diversa a todo o previsto no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, bem como dos demais artigos do mesmo Códex no que diz respeito à sucessão e ao regime de casamento.

As consequências deste julgamento, mesmo que ocorrido em 2009, são sentidas até os dias atuais, por meio de decisões de outros Tribunais e de julgadores singulares, apoiados em uma jurisprudência única.

No entanto, por detrás de cada um desses processos encontram-se homens e mulheres que sofreram e sofrem com a consequência de uma decisão *contra legem*, que traz insegurança jurídica e provoca dissabores e, não raras vezes, perpetua um litígio que poderia ser resolvido de forma rápida, com a aplicação do texto legal.

Por certo que tal atuação proativa demandará o tempo necessário para que se torne uma realidade. Mas que não seja tempo demais, a ponto de ser ilusão, pois, conforme leciona Daniel Marques de Camargo:

*Os direitos fundamentais não mais podem ser vistos como promessas ou diretrizes morais, pois contêm mandamentos com força jurídica e com vida pulsante, e a interpretação de normas jurídicas de modo crítico e dialético é um dos caminhos para que possamos celebrar um ordenamento jurídico mais efetivo, justo e que colabore para o engrandecimento do País e da sociedade.<sup>17</sup>*

Dessa maneira, em se tratando de direitos fundamentais do cidadão, e como previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal

**Art. 5º** *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

---

<sup>17</sup> CAMARGO, Daniel Marques de. *Jurisdição crítica e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

*LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*<sup>18</sup>

Atuar de forma a garantir a rápida solução do litígio, é obrigação de todos os atores dos Poderes Públicos (juízes, promotores, advogados, serventuários, deputados, senadores, governadores, presidente, ministros etc.), e estes devem buscar evitar decisões que na verdade perpetuam o litígio e, por consequência, afastam a segurança jurídica que é o que se busca desde o início, quando o homem passou a viver em sociedade.

## **CONCLUSÃO**

Uma interpretação tomada, muitas vezes, para atingir um caso concreto, mas que pode repercutir em toda a sociedade deve ser precedida de muita cautela, e devem ser consideradas as consequências destas decisões para os demais casos semelhantes.

Não podemos deixar de considerar a aplicação da máxima hermenêutica, de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação de poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

Decisões deste tipo, em que é realizada uma interpretação de forma totalmente diversa daquela que está na legislação, inclusive de todo o conjunto ali descrito, permitem que a interferência do Poder Judiciário se sobreponha na esfera de competência de outro poder da República.

Não estamos falando de um ativismo jurídico de atuar em face da inércia de outro Poder, mas de uma reedição de uma norma posta, em vigor, e com toda a eficácia.

Necessário se faz que a atuação do Poder Judiciário seja dentro do que a norma jurídica prevê, sem interpretações casuísticas ou mesmo leituras contrárias a todo o ordenamento.

---

<sup>18</sup> BRASI. Código Civil. Lei 10.406/02. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)  
Acesso em 15 jun 2017.

Não se pode deixar de esquecer que as decisões são realizadas em casos concretos, mas estas mesmas decisões acabam por influir em casos sob a mesma legislação, mas com nuances diferentes.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará: Fortaleza, v.4, nº 2, jul/dez. 2006. p.13-100. Disponível em:<[http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis\\_v4\\_n\\_2.pdf](http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf)>. Acesso em: 07 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 08 nov. 2016.

CAMARGO, Daniel Marques de. *Jurisdição crítica e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FACHIN, Zulmar. *Teoria Geral do Direito Constitucional*. 1. ed. Londrina: IDCC, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NOBLET, Albert. *A democracia Inglesa*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1963.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 521.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: L&PM, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.