

**Famílias:** **Pluralidade  
e Felicidade**



Anais do IX Congresso Brasileiro de  
Direito de Família

---

## Famílias: Pluralidade e Felicidade

**Diretoria Executiva** – Presidente: Rodrigo da Cunha Pereira (MG); Vice-Presidente: Maria Berenice Dias (RS); Primeiro-Secretário: Rolf Madaleno (RS); Segundo-Secretário: Rodrigo Azevedo Toscano de Brito (PB); Primeiro-Tesoureiro: Antônio Marcos Nohmi (MG); Segundo-Tesoureiro: Jose Roberto Moreira Filho (MG); Diretor do Conselho Consultivo: Jose Fernando Simão (SP); Diretor de Relações Internacionais: Paulo Malta Lins e Silva (RJ); 1º Vice: Cássio Sabbagh Namur (SP), 2º Vice: Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner (PR); Secretária: Marianna de Almeida Chaves Pereira Lima (PB); Diretor do Conselho Consultivo: José Fernando Simão (SP); Comissão de Relações Interdisciplinares: Giselle Câmara Groeninga (SP).

**Conselho de Administração** – Diretor Norte: Zeno Veloso (PA); Diretor Nordeste: Paulo Luiz Netto Lôbo (AL); Diretora Centro-Oeste: Eliene Ferreira Bastos (DF); Diretor Sul: Luiz Edson Fachin (PR); Diretora Sudeste: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (SP);

**Comissões** – Comissão Científica: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (SP); Vice: João Batista de Oliveira Cândido (MG); Comissão de Direito das Sucessões: Zeno Veloso (PA); 1º vice: Tatiana de Almeida Rego Saboya (RJ); 2º Vice: Flavio Murilo Tartuce Silva (SP); Comissão de Mediação: Suzana Borges Viegas de Lima (DF); Comissão da Infância e Juventude: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (RJ); Vice: Melissa Telles Barufi (RS); Comissão do Idoso: Tânia da Silva Pereira (RJ); Comissão de Jurisprudência: Viviane Girardi (SP); Comissão de arbitragem: Francisco José Cahali (SP); Comissão de Assuntos Legislativos: Mário Luiz Delgado Regis (SP); Comissão de gênero e violência doméstica: Adélia Moreira Pessoa (SE); Vice: Rosana Amara Girardi Fachin (PR); Comissão de Notários e Registradores: Priscila de Castro Teixeira Pinto Lopes Agapito (SP); Vice: Karin Regina Rick Rosa (RS); Comissão de Estudos Constitucionais da Família: Gustavo José Mendes Tepedino (RJ); Comissão de Ensino Jurídico de Família: Waldyr Grisard Filho (PR); 1º vice: Fabiola Albuquerque Lôbo (PE); 2º Vice: Marcos Alves da Silva (PR); Comissão de Relações Acadêmicas: Marcelo Luiz Francisco Bürger (PR); Comissão de Direito Homoafetivo: Patrícia Cristina Vasques de Souza Gorisch (SP); Vice: Ana Carla Harmatiuk Matos (PR); Comissão de Adoção: Silvana do Monte Moreira (RJ); Comissão de Advogados de Família: Marcelo Truzzi Otero (SP); Vice: Aldo de Medeiros Lima Filho (RN); Comissão de Magistrados de Família: Jones Figueiredo Alves (PE); Vice: Andrea Maciel Pachá (RJ); Comissão de Promotores de Família: Cristiano Chaves de Farias (BA); Comissão dos Defensores Públicos da Família: Paulo Fernando de Andrade Giostri (SP);

**Diretorias Estaduais** – REGIÃO NORTE: ACRE - Presidente: Eronilço Maia Chaves; AMAPÁ - Presidente: Nicolau Eládio Bassalo Crispino; AMAZONAS -Presidente: Gildo Alves de Carvalho Filho; PARÁ - Presidente: Maria Célia Nena Sales Pinheiro; RONDÔNIA - Presidente: Raduan Miguel Filho; RORAIMA - Presidente: Neusa Silva Oliveira; TOCANTINS - Alessandra Aparecida Muniz; REGIÃO NORDESTE: ALAGOAS - Presidente: Ana Florinda Mendonça da Silva Dantas; BAHIA - Presidente: Alberto Raimundo Gomes dos Santos; CEARÁ - Presidente: Angela Maria Sobreira Dantas Tavares; MARANHÃO - Presidente: Bruna Barbieri Waquim; PARAÍBA - Presidente: Dimitre Braga Soares de Carvalho; PERNAMBUCO - Presidente: Luciana da Fonseca Lima Brasileiro; PIAUÍ - Presidente: Isabella Nogueira Paranaguá de Carvalho Drumond; RIO GRANDE DO NORTE - Presidente: Suetônio Luiz de Lira; SERGIPE - Presidente: João Alberto Santos de Oliveira; REGIÃO CENTRO-OESTE: DISTRITO FEDERAL -Presidente: Ana Maria Gonçalves Louzada; GOIÁS - Presidente: Maria Luiza Póvoa Cruz ; MATO GROSSO - Presidente: Angela Regina Gama da Silveira Gutierrez Gimenez; MATO GROSSO DO SUL - Presidente: Paula Guitti Leite; REGIÃO SUDESTE: ESPÍRITO SANTO - Presidente: Thiago Felipe Vargas Simões; MINAS GERAIS - Presidente: Sílvio Augusto Tarabal Coutinho; RIO DE JANEIRO- Presidente: Luiz Cláudio de Lima Guimarães Coelho; SÃO PAULO - Presidente: Sérgio Marques da Cruz Filho; REGIÃO SUL: PARANÁ - Presidente: Adriana Antunes Maciel Aranha Hapner; RIO GRANDE DO SUL - Presidente: Conrado Paulino da Rosa; SANTA CATARINA - Presidente: Mara Rúbia Cattoni Poffo.

1198 Congresso Brasileiro de Direito de Família (9. : 2014 : Belo Horizonte, MG)  
Família: pluralidade e felicidade. Coordenadores: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. - Belo Horizonte : IBDFAM, 2014.  
369 p.

ISSN 2359-3695

1. Direito de família. I. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice.

CDD 347.61  
CDU 342.16

Bibliotecária responsável; Maria Idalina Gonçalves Neves  
Capa e Diagramação: Bruno Santos

**Anais do IX Congresso Brasileiro de  
Direito de Família**

---

**Famílias: Pluralidade e Felicidade**

**Realização**

Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

**Comissão Científica**

Eliene Ferreira Bastos (DF)

Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka (SP)

Giselle Câmara Groeninga (SP)

Luiz Edson Fachin (PR)

Maria Berenice Dias (RS)

Paulo Luiz Netto Lobo (AL)

Rodrigo da Cunha Pereira (MG) – Coordenação Geral

Rolf Madaleno (RS)

Zeno Veloso (PA)

**Superintendente**

Maurício Augusto dos Santos

**Editor**

Ronner Botelho Soares

**Assessoria de Comunicação Social**

Thaís Pontes

Marandhayan Oliveira

**Gerente Comercial e de Relacionamento**

Maria José Marques

**Revisão**

Cybele Maria de Souza



## APRESENTAÇÃO

“Famílias: Pluralidade e Felicidade”. Suscitar as reflexões sobre a diversidade familiar, além dos inúmeros fatores que permitem ao indivíduo inserido em seu ambiente familiar considerar-se feliz, é o objetivo do debate jurídico promovido pelo IX Congresso Brasileiro de Direito de Família que reuniu os principais especialistas brasileiros para tratar sobre diferentes vertentes em torno das composições familiares e a felicidade, agora um objetivo humano fundamental e um direito social.

É justamente essa busca pela satisfação dos desejos individuais que possibilitou a separação das funções da conjugalidade e parentalidade. Essa separação é uma das origens para a pluralidade das formas de famílias: anaparental, monoparental, homoafetiva, socioafetiva, nuclear, binuclear, simultânea, paralela, redimensionada, democrática, recomposta, reconstituída, informal, natural, mosaico, extensa, substituta, pluriparental, ectogenéticas, matrimonial, parental, conjugal, eudemonista, e tantas outras, multiplicando ainda mais as possíveis definições para esta simples palavra. São vários os significados e os significantes que tentam acompanhar as constantes evoluções do Direito de Família, ou melhor, dar voz às formas mutantes da sociedade contemporânea e trazer à tona a realidade como ela é.



# SUMÁRIO

1. Prefácio  
Luiz Edson Fachin ..... p. 11
2. Famílias: Pluralidade e felicidade  
Eduardo C.B. Bittar ..... p. 15
3. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar  
Paulo Lôbo ..... p. 35
4. Concorrência sucessória no Brasil: o estado da arte na lei, na doutrina e nos tribunais  
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka ..... p. 47
5. Os artigos 1.829, I, e 1.830 do Código Civil a partir da legalidade constitucional: uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório  
Marcelo Truzzi Otero ..... p. 61
6. A sustentabilidade sob a ótica do cuidado: os desafios para a sustentabilidade da pessoa idosa  
Tânia da Silva Pereira e Livia Teixeira Leal ..... p. 77
7. O cumprimento das decisões judiciais e a prestação jurisdicional no âmbito internacional  
Paulo Lins e Silva ..... p. 93
8. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeseability*) no direito das famílias: alvitando soluções para os extreme cases (*casos extremos*)  
Cristiano Chaves de Farias ..... p. 111
9. Famílias mosaico, socioafetividade e multiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade  
Marianna Chaves ..... p.143
10. A monogamia em questão repensando fundamentos jurídicos da conjugalidade contemporânea  
Marcos Alves da Silva ..... p.159



11. A (im)possibilidade jurídica de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas  
Fabíola Albuquerque Lôbo ..... p. 173
12. Planejamento sucessório  
Rolf Madaleno ..... p. 189
13. Pluralidade nas casas e nas ruas: direitos, desejos e transformações  
Andréa Maciel Pachá..... p. 215
14. A pena civil parental  
Nelson Rosenvald..... p. 225
15. Gênero, violência e conjugalidade: superando desafios  
Adélia Moreira Pessoa ..... p. 241
16. Uma velha questão nova: a união estável e o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo  
Joyceane Bezerra de Menezes..... p. 263
17. Os frutos civis no regime da comunhão parcial de bens  
Thiago Felipe Vargas Simões..... p. 273
18. Práticas colaborativas – uma necessária mudança de paradigma no direito de família  
Fernanda Paiva, Flavia Maria Rezende Nunes Oberg, Inês Guilhon de Araújo, Maria Stela Palhares Passalacqua, Tania Almeida ..... p. 279
19. Alimentos compensatórios e divisão dos frutos e rendimentos dos bens comuns: não dá para confundir  
Maria Berenice Dias e Felipe Matte Russomanno..... p. 297
20. Parentalidade socioafetiva e a efetividade da afetividade  
Dimas Messias de Carvalho ..... p. 311
21. O Inventário por Escritura Pública após 7 anos de vigência da Lei 11.441/07  
Christiano Cassettari ..... p. 335
22. Prova nos processos de família e no projeto do CPC: ônus da prova, provas ilícitas e ata notarial  
Fernanda Tartuce ..... p. 345

23. A Arbitragem no Direito de Família  
Francisco Cláudio de Almeida Santos ..... p. 361



## PREFÁCIO

# A MORTE SOB O CONTRATO DE CASAMENTO

Por Luiz Edson Fachin

Advogado; Diretor do IBDFAM;  
Professor da UFPR; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas;  
atual presidente da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

Subitamente, ela disse não. Não mais tantos sins, não mais longos silêncios da madrugada insone, não mais “tudo bem, já passa”, não mais tanto riso encobrindo as dores de um vazio sem fim.

Por isso, subitamente, ela disse não. E não era apenas um não feito solução, nem era um não recheado de “quem sabe”. Era mesmo um verdadeiro não. Não, e ponto!

Significava, em alto e bom som, aquilo que somente ouve bem quem conhece a rouquidão estridente das entranhas, aquilo que arranca um som de fim mais profundo da alma constricta. Era, pois, um não que servia como resumo de um fardo de sentimentos acumulados pela dor cotidiana do “deixa de lado”, do “vai melhorar”, do “vamos em frente”, daquela mesma roda viva que a fez ir deixando tudo para depois. E o depois chegara! Por isso, justamente por isso, ela disse não! Um não com ares de “chega, acabou”. Morreu.

Era vivo o porquê; nela ele já habitava morto. Era um opaco que luzia indiferença, era um dó sem maior agudo, um sol sem nada grave, era assim, um tanto faz, um grito surdo moído dentro de si.

Por isso, justamente por isso, chegara a hora de dizer não. Talvez fosse tarde demais, ou quem sabe, ao contrario, pudesse ter sido precoce, algo cedo demais. Mas a falta de certeza quanto ao tempo não lhe retirava a inelutável convicção de que a hora havia soado. Feito dez milhões de sinos tocando ao mesmo tempo, chegara a hora de dizer não.

Em sua mente, se passaram algo como vinte e cinco anos de casamento. Em sua frente, todavia, fazia apenas cinco eternos e ensurdecidores segundos nos quais o padre, atônito, teria ouvido: “não, não aceito!”

A liberdade pode aniquilar a própria liberdade. Pudera ter realmente dito não quando a pergunta lhe abriu as portas para a negação. Pensou mesmo ter dito não. Era o não que em sua boca abria. Contudo, foram poucos segundos para descobrir que fora um sim que sua boca fazia. Eis a reiteração do propósito que selava o contrato matrimonial no procedimento de casamento religioso com efeitos civis.

Quase todos os dias nos dias da vida que ao enlace se seguiu, se perguntava: por que havia traído a si própria? Por que havia se acovardado no momento decisivo? Mas é certo que podia não ter firmado o pacto antenupcial, e é também certo que podia ter obstado a sequência encadeada de atos e fatos que desde os proclamas se converteram em suposta comunhão de vida. Foi tomada por uma viagem cujo combustível fora a força inercial do tipo “a gente vai levando”.

Agora, passado um quarto de século que marcava a data do não que não foi dito, ocorria-lhe que finalmente era tempo de dizer realmente não. Assim, desta vez, decididamente, dirá não. Chega, basta, acabou. Não mais. Era o não definitivo. Morria o que sequer nasceu!

E a que e a quem agora ela negava? Ao certo, podia ser a tudo o que vivia, ao espaço pleno de incompletudes, ao museu familiar das mobílias sem sentido, aos abraços e beijos sem afeto. A tudo. A quase tudo? Nem ela mesma sabia. Só, sentindo-se somente só, embora cercada de pequenas multidões, começa a a negar a si mesma. Afinal, compreendia, o pacto válido era juridicamente eficaz. Todavia, os efeitos que em si cabiam eram o que unicamente se esboroa na poeira do verniz aparente. Um quarto de século sob o juramento de um contrato. A quem esse pacto socorria? Ao tempo de contidas e passageiras alegrias? Ao regramento de uma vida vazia?

O que fez nascer o ato de padecer pelo inverso do verbo querer?

Dessa interrogação nascera uma certeza e a si dizia: uma voz mim me compele a fazer de mim pessoa, não ser um ser sem vida, empurrado de um canto para o outro, como se fosse quadro a emoldurar a fruição e o prazer de outro.

Essa voz que estava em mim no dia daquele sim, essa mesma voz ainda em mim vivia. Sombreada, é verdade; sem o vigor da textura vocal juvenil, é verdade; mas era a mesma voz, de pronto eu a reconheci, a voz da negação não me abandonara. Não naufraguei nesse mar de falsas ondulações, nesse consumo propício a consumir coisas, pessoas e sentimentos. Não! Era a mesma voz, aquela que deveria ter dito não, não aceito, e fez sussurrar um sim de dar dó, aquela que se atemorizou com a própria liberdade, essa mesma voz que em mim nascera para ficar, brotou, cresceu, emudeceu por certo em momento crucial mas agora retorna em mim como um selo de identidade de mim mesma, de minha alma que não sucumbiu.

É certo que me foge o timbre, e é também certo que o peito arfa pelos anos em mim pesados, vertidos no branco de meus cabelos, nas rugas da testa e nas minhas mãos tremulas. Sim, é certo que cai em mim o sereno da vida indomada, o açoite dos dias mal vividos, o chumbo das noites mal dormidas.

Mas a voz em mim ainda aqui está para afirmar o que resistiu e para virar do avesso essa história mal traçada.

Chegou o momento de reviver e para que eu nasça um pacto vai se enlutar, para que eu finalmente viva algo deve fatalmente padecer.

A encruzilhada desse destino abre seus abraços e me abraça com um sorriso de cruz. Surpreendo-me. Colho-me infeliz na felicidade do senso comum, colho-me incapaz de pronunciar o verbo que me arranque desse chão, colho-me rodeada de crisântemos que cantam o meu fim.

Foi a vida que passou enquanto eu não estava em mim. Agora até a voz foge de mim.

Rápido, tragam meu vestido branco rendado, meu lenço de rosas em cor salmão, quero em mim uma escova para cabelo de baile.

Rápido, muito rápido, pois já ouço a valsa da despedida.

E assim o silêncio veio caindo como a noite que espanta o sol poente. Sem forças para resistir, se instala a noite mais triste, e percebo que uma nova manhã não irá romper.

Atrevo-me a um sussurro, um pequeno gesto enfim.

E subitamente, disse não. Subitamente: não!

Era tarde, muito tarde, quando a saudade de mim mesma brotou com a semente que jazia umedecida pelo orvalho de um adeus.



# FAMÍLIAS: PLURALIDADE E FELICIDADE

Eduardo C. B. Bittar

Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (DFD – USP). Ex-Presidente da Associação Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP), biênio 2009-2010, e ex-Secretário-Executivo (2007-2009). Autor de livros.

**Sumário:** Introdução - Filosofia sem felicidade. Felicidade sem filosofia: a atitude do filósofo diante da felicidade. 1. Ética, moral e felicidade. 2. Ética, felicidade e política. 3. Felicidade, pluralismo e famílias. 4. Relativismo, moralismo e felicidade. 5. Relativismo, materialismo e felicidade. Conclusão: Mas, afinal, e a felicidade? Felicidade em fuga... Referências.

## INTRODUÇÃO - FILOSOFIA SEM FELICIDADE. FELICIDADE SEM FILOSOFIA: A ATITUDE DO FILÓSOFO DIANTE DA FELICIDADE

A atitude do filósofo diante da felicidade é uma questão em si, preliminar a qualquer outra que se queira fazer neste campo. A filosofia tem sido muito buscada e demandada perante os grandes dilemas da humanidade de nossos tempos, em função do grande desnorte social, do niilismo moral, do desespero existencial e da morte das utopias. Consciente destes problemas, a filosofia contemporânea se despediu da tarefa de *pensar e situar*, no campo da ética, a felicidade como uma questão passível de solução pela razão filosófica. A cautela é necessária, pois se a filosofia oferece balizas, a segurança que pode nos oferecer também pode vir perigosamente cercada de elementos repressivos, geralmente advindos do mundo da cultura. Afinal, há sempre um pouco de barbárie na cultura, como afirmava Walter Benjamin.<sup>1</sup>

O longo percurso da história da filosofia ocidental, de Heráclito a Rorty, de Sócrates a Habermas, não serve para nos trazer certezas, mas para mostrar-nos o acumulado de dúvidas sobre nossas certezas.<sup>2</sup> Assim, se

<sup>1</sup>BENJAMIN, Walter. Documentos de cultura. BOLLE, Willi (Org.). Documentos de barbárie: escritos escolhidos, 1986, p. 160-175.

<sup>2</sup>Diante de tantas e tamanhas desilusões, não somente apontadas pela crítica, mas, sobretudo, vividas dramaticamente na experiência histórica do século XX, a era das guerras totais e dos genocídios, como se pode



persistimos na necessidade de perguntar, é por que nos tornamos capazes, ao menos, de admitirmos o fato de sermos biografias incompletas e histórias de vida inconclusas. Na arte desconstruída da existência, circulamos entre coisas e pessoas à procura da completude, e, podendo ou não encontrá-la, mas é desta forma, acidental e retorcida, que realizamos nosso direito de errarmos e acertarmos, em procura de nós mesmos. A vida é, por isso, apenas um longo processo de parturição de nós mesmos.

Nada, hoje, permite um *diktat* sobre o que seja a felicidade, afinal a felicidade é um termo disputado e fugidio. Sobre ela já se pronunciaram Epicuro, Platão, Krishna, Maomé. Seus caminhos já foram prescritos pelo nirvana do budismo, pelo amor do Cristo, pelo *mitzvah* do Talmud, pela *beatitudo* de Agostinho, pela *vita contemplativa* de Aquino, pela *Ahimsa* de Mahatma Gandhi. A prescrição das formas de vida boa são muitas e seguem orientações as mais diversas. O que se percebe é que os sistemas religiosos, os sistemas morais, os sistemas políticos e os sistemas filosóficos enredam este termo em constelações de sentido as mais diversas, considerando culturas, tradições e pontos de vista os mais diversos. Se há um pouco de razão em todos, quer-se com isto analisar o quanto é legítima a procura da felicidade pelos múltiplos flancos abertos pela cultura para acessá-la, ou tentativamente, exercê-la.

O importante a perceber é que a ideia *de que é possível ser feliz* é uma constante histórica na medida em que sempre atravessou as inquietações humanas. Sim, ela pode ser almejada, e parece que toda pessoa já pensou nela, ou já elaborou sua própria imagem do que é a felicidade. Portanto, o termo felicidade se oferece a múltiplas percepções. Então, pode ser melhor considerá-la um achado da vida, um troçoço da caminhada, um raio de luz na mundana condição. Talvez, seja ainda melhor fazer dela uma luta político-jurídica, organizada para subsidiar nossa ação no mundo. Assim, há muitas atitudes possíveis diante da questão.

No campo da ética filosófica ocidental, a questão da felicidade é colhida pelo tipo de indagação que marca a razão prática e afeta nossa esfera de ação no mundo. Sua forma tradicional de se exprimir vem exposta através da pergunta: “Que devo fazer?”.<sup>3</sup> E é diante do desvão por ela provocado, que nos iniciamos no mundo, tateando a dimensão do agir, a forma como afetamos a esfera do outro com nossas ações, as consequências e as responsabilidades do agir e do interagir. No âmbito da Filosofia Social do Direito, quer-se situar uma forma de aproximação desta questão vinculando a abordagem à tradição da Escola de Frankfurt (*FrankfurtSchule*), com especial destaque para a importância das contribuições do Professor Emérito da

---

seguir depositando confiança no curso objetivo da história e esperança no predomínio de valores que levem à felicidade como fruto do progresso?” (LEOPOLDO E SILVA, Franklin. *Felicidade: dos filósofos pré-socráticos aos contemporâneos*. São Paulo: Claridade, 2007, p. 87).

<sup>3</sup>HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Trad. Márcio Suzuki. *Estudos Avançados*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 3, n. 7, p. 6, set./dez. 1989..

Universidade de Frankfurt, Jürgen Habermas.<sup>4</sup> A partir das categorias de seu pensamento, se podem trazer a lume alguns elementos hermenêuticos que subsidiam nossa atitude de olhar para a multifária forma com que se expressa o processo de modernização e com que se expressa a sociedade em sua complexidade atual.

Assumida essa linha de análise, pode-se dizer que a ética do discurso desenvolvida por Habermas, numa perspectiva pragmático-cognitivista,<sup>5</sup> não se vincula propriamente ao conteúdo de valores, mas à forma como se dão as interações ético-comunicativas entre os atores sociais.<sup>6</sup> Com este cuidado na abordagem do tema, Habermas evita o erro, e não corre o risco, de recair na universalização de valores relativos, pois é característica dos valores culturais o fato de que “...no son válidos universalmente; se restringen, como su mismo nombre indica, al horizonte de un determinado mundo de la vida”.<sup>7</sup> Assim é que essa abordagem da questão permite afirmar-se a separação entre a dimensão da felicidade e a dimensão da justiça, passando esta última a se tornar a mais importante tarefa do campo de atuação da ética filosófica no mundo contemporâneo. O resultado do emprego deste método de abordagem à questão da felicidade é a libertação da filosofia do jugo da definição, por vezes arbitrária, da soma de aspectos e fatores necessários para a construção da felicidade.

## 1. ÉTICA, MORAL E FELICIDADE

Essas observações preliminares já afirmam o caráter deflacionário que o pensamento filosófico contemporâneo tem de assumir, diante da multiplicidade das moralidades. Assim, na ética filosófica, a atitude assumirá uma atitude de despedida perante a tarefa de definir o conteúdo das virtudes morais e de pensar a questão da felicidade, entregando-a ao foro das decisões subjetivas. Isso implica não numa negação da questão da felicidade, como questão relevante no âmbito da vida social, e muito menos um desprezo de seu peso para o arranjo de vida de cada indivíduo e de cada grupo familiar ou social.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup>Para análise mais aprofundada sobre o autor e as questões da Filosofia do Direito, vide BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e emancipação social: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

<sup>5</sup>Cf. DUTRA, Delamar José Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 143.

<sup>6</sup>Cf. DUTRA, Delamar José Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 152.

<sup>7</sup>HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988, t. I, p. 69.

<sup>8</sup>No pensamento de Kant se consagra aquela preocupação de pensar a relação entre o dever moral e a realização da felicidade: “Satisfazer ao mandamento categórico da moralidade está sempre em poder de cada um; satisfazer ao preceito empiricamente condicionado da felicidade só raramente é possível, e muito menos a todos, mesmo se só em relação a um único propósito (*Absicht*)” (KANT *Crítica da razão prática*, 2001, Parágrafo 8, Teorema IV, Escólio 2, p. 49).

A negativa à tomada de posição na ética filosófica com relação à definição de um conteúdo preciso para a questão da felicidade é um ponto distintivo da visão *filosófica* de Habermas sobre o papel da ética em sociedades complexas e sobre o papel da filosofia moral ante o pluralismo dos valores. Em *Comentários à ética do discurso* (*Erläuterung zur Diskursethik*), Habermas irá nos esclarecer:

Se a filosofia pudesse, como dantes, ater-se à sua pretensão clássica de emitir afirmações de validade universal sobre o sentido de uma vida boa ou não malograda, então também teria de ser capaz de privilegiar um determinado modo de vida, por exemplo, o projecto clássico de uma vida consciente.<sup>9</sup>

A tentativa da filosofia ética ocidental, de hierarquizar, como o faz, por exemplo, Aristóteles, a partir da teoria dos *bíoi*, as formas de vida boa, e de eleger uma forma como modelar (*vita contemplativa*), torna-se um exercício estéril para a sociedade contemporânea.<sup>10</sup> Daí o fato de a ética do discurso abdicar de toda pretensão de fundar a ética sobre uma tábua de valores cerrada, formando um *numerus clausus* que revelaria a pretensão da filosofia detectar de modo privilegiado, por um acesso moral especial, quais são os valores a serem eleitos e quais são as formas de vida melhores.<sup>11</sup> Isto significa, para Habermas, que existe uma diferença clara entre a tarefa das éticas clássicas e a tarefa da ética do discurso, como revelação de uma ética pós-metafísica. Em *Comentários à ética do discurso* (*Erläuterung zur Diskursethik*), Habermas afirma:

O ponto de vista moral implica que a razão prática se afaste de questões do tipo “O que é bom para mim/para nós?” e se concentre em questões de justiça do tipo “O que se deve fazer?”. Esta mudança de perspectiva transforma igualmente o sentido da orientação, outrora tida como canônica, da *felicidade* e do *bem-estar*. A questão da *eudaimonia* abrangia originariamente a esfera de todas as coisas boas possíveis incluindo a justiça, assim como todas as virtudes, incluindo o sentido de justiça. Porém, tomando em consideração o aspecto deontológico

---

<sup>9</sup>HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 172.

<sup>10</sup>“1) Nas sociedades modernas deparamos com um pluralismo de projectos individuais de vida e de formas colectivas de vida – e com a correspondente multiplicidade de ideias acerca do bem viver. Por isso, temos de renunciar a uma das seguintes opções: à pretensão da filosofia clássica de hierarquizar os modos de vida concorrentes, colocando no topo da mesma um modo de vida privilegiado em relação a todos os outros; ou ao princípio moderno da tolerância, segundo o qual uma perspectiva de vida é tão boa quanto as outras – ou, pelo menos, tem o mesmo direito à existência e ao reconhecimento”.

“2) Se tomarmos o pluralismo moderno a sério, temos de renunciar à pretensão da filosofia clássica de eleger uma determinada forma de vida – por exemplo, a *vita contemplativa* em oposição às várias formas da *vita activa* – a única forma privilegiada. Apesar disso, B. Williams quer assegurar que a consciência moral tenha um estatuto cognitivo sob essa premissa. A razão prática começa, então, a entrar na penumbra da *phrónesis*” (HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999p. 87- 88).

<sup>11</sup>Cf. SIEBENEICHLER. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*, 1994, p. 143.

da questão do que todos poderiam desejar, *só a justiça e a autonomia* (portanto, a capacidade de actuar segundo leis auto-estabelecidas) se apresentam como determinações de relevância moral.<sup>12</sup> (Grifos nossos)

E isso porque foi a partir da modernidade que se tornou problemático pensar o que é o bom desvinculado de exigências de uma razão universal. Além de tudo, a modernidade detona modos de vida que, por processos de individualização e de destradicionalização, impossibilitam crescentemente convergências morais e costumeiras, multiplicando as possibilidades de ser e de estar no mundo. Assim, de um lado, a modernidade traz consigo exigências racionais de universalização de padrões de racionalidade, mas também traz, paradoxalmente, novos modos e formas de vida, que refletem a dinâmica da diferenciação de esferas de trabalho, de conhecimento e de pontos de vista sobre o mundo. O mundo moderno se torna, nesse sentido, o caldeirão de perspectivas hermenêuticas plurais.

A modernização, em seus avanços, provoca uma retração na possibilidade do discurso filosófico afirmar taxativamente paradigmas para formas boas de vida. O processo de modernização social impede, com isso, que o pensamento filosófico continue sendo responsável por identificar com precisão o modo de vida adequado para o alcance da felicidade.<sup>13</sup> Assim, a ética filosófica tem de abrir mão de oferecer resposta precisa à típica indagação clássica “O que é a felicidade?”:

“Todavia, a autocompreensão ético-existencial do indivíduo e o esclarecimento ético-político de uma autocompreensão colectiva são da competência dos *sujeitos afectados e não dos filósofos*. Tendo em vista um *pluralismo de projectos e de formas de vida* moralmente justificados, os filósofos já não podem fornecer, por sua própria conta, instruções universalmente vinculativas sobre o sentido da vida. Enquanto filósofos só lhes resta o recurso ao plano reflexivo de uma análise do método, através do qual as questões éticas podem ser respondidas em geral.”<sup>14</sup> (Grifos nossos).

Por isso, a ética filosófica tem outro papel que não o de descrever os modos de ação corretos ou apresentar formas pelas quais se deve alcançar a felicidade. Habermas, explícita e conscientemente, renuncia a toda

<sup>12</sup>HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 82- 83.

<sup>13</sup>“O homem é um ser de necessidades enquanto faz parte do mundo sensível e, a este respeito, a sua razão tem certamente uma missão indeclinável de se preocupar com o interesse da sensibilidade e de se fazer máximas práticas, em vista da felicidade desta vida e, se possível, também da de uma vida futura. No entanto, ele não é tão plenamente animal que seja indiferente a tudo o que a razão diz por si mesma e use esta simplesmente como um instrumento da satisfação da sua necessidade, enquanto ser sensível” (Kant. *Crítica da razão prática*, 2001, capítulo II, p. 75).

<sup>14</sup>HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 179-180.

possibilidade de tentar fundar a eticidade contemporânea sobre qualquer forma de apelo metafísico, destacando, desta forma, a importância de pensar para além das condições de exercício de uma moralidade tradicional. Em sociedades complexas, deve-se pensar o quanto os temas da ética estão abertos para uma profusão de opiniões, olhares, interpretações, visões, orientações, concepções, tendências e forças ideológicas.

Se o tema da felicidade é um tema de alçada individual, e que concerne às escolhas individuais de cada um, no entanto, neste ponto cabe seja feita a advertência de que a questão da felicidade pode exigir sejam dados limites à ação, especialmente quando alguns indivíduos, a pretexto de buscarem a auto-realização da felicidade, instrumentalizam a existência do outro e violam as condições kantianas de interação. Nestas condições, percebe-se que os temas se entrecruzam e a questão da moralidade do agir se torna relevante de ser avaliada desta forma.<sup>15</sup> Aliás, é exatamente nesta perspectiva que se reforça o olhar para a diversidade, na medida em que ninguém está em posse de um ponto de vista tão seguro, e não criticável, que possa negar a possibilidade de afirmação do projeto de vida do outro.

Ser feliz ao preço da felicidade do outro, bom, esta é uma forma de expressão do sadismo. Nesse sentido, o filósofo estoíco Sêneca, em *Cartas a Lucílio* (94, 67) afirmava: “Não se deve acreditar que é possível ser feliz procurando a infelicidade alheia” (*Non est quod credas quemquam fieri aliena infelicitate felicem*). Nessa perspectiva, *ego* e *alter* devem, no mundo contemporâneo, circunscrever notas fundamentais no limite ao poder de intervenção moral de um sobre o outro, quando o tema é a busca da felicidade individual.

## 2. ÉTICA, FELICIDADE E POLÍTICA

De qualquer forma, é neste sentido que a filosofia contemporânea *de-situa* a questão da felicidade de seu tradicional campo de expressão desde Aristóteles, o campo da ética, para *re-situá-la* no campo da política. Daí passar-se daquela forma de se formular a questão, na boa tradição metafísica (“O que é a felicidade?”), para esta outra forma de se formular a questão, na

---

<sup>15</sup>Parte-se da específica advertência feita por Sergio Paulo Rouanet: “Isso não basta, evidentemente, para incluir a questão da felicidade no âmbito da ética discursiva. Nisso, ela segue o modelo kantiano. A auto-realização é estritamente individual, e lida com uma esfera que não é acessível à ética discursiva: a dos valores. Qualquer esforço de interferir nessa área teria caráter repressivo e dogmático. A felicidade não pode ser deduzida de nenhum imperativo categórico. O que ela pode fazer é delimitar o espaço dentro do qual podem desdobrar-se os projetos de auto-realização de indivíduos e grupos de indivíduos. Esses projetos não podem violar os elementos universais de moralidade contidos no princípio da universalização, como a igualdade de direitos de todos os homens. Essa limitação não exclui as experiências contraculturais, as formas alternativas de vida, a livre sexualidade. Mas exclui aqueles projetos de auto-realização que violem o princípio kantiano de tratar os homens como fins e não como meios — a violência, a intolerância, a opressão, e mesmo o desrespeito a esforços de auto-realização tentados por outros grupos de indivíduos. Em seu papel de limite, e não de instância prescritiva, a ética discursiva pode assim acolher um dos grandes temas da ética iluminista: a busca da felicidade individual” (ROUANET, Sergio Paulo. *Ética iluminista e ética discursiva*. *Revista Tempo Brasileiro* (Jürgen Habermas: 60 anos), Rio de Janeiro, 2. ed., v. 1, n. 1, 1998, p. 44-45).

perspectiva pós-metafísica (“O que está ao alcance da política da felicidade fazer?”). Quer-se com isso significar que a tarefa da cidadania contemporânea, democrática e pluralista, é a de compartilhar esforços, na esfera pública política, para criar as condições sociais e políticas para a *felicidade comum*. Nesta medida, a questão da felicidade é *de-situada* do ambiente da ética como uma questão de essência, para ser *re-ambientada* na dimensão de suas preocupações, enquanto uma questão política de justiça. Em *Comentários à ética do discurso*, Habermas irá afirmar que a ética do discurso: “...servindo-se de um conceito limitado de moral que ela se concentra em questões da justiça”.<sup>16</sup>

A partir daí, a felicidade pode ser abordada do ponto de vista político, como uma ambição social e coletiva, sendo posteriormente absorvida como *norma* do sistema jurídico. Devemos perseguir menos um conceito de felicidade e mais a conquista política dos meios para possibilitar as formas de vida feliz. É, agora, como filosofia política que se expressa a luta pela consolidação e realização do direito à felicidade. É isto que se vê, como movimento, especialmente da juventude, se espalhar pelas ruas do país, enquanto agitação democrática, mobilizando esforços pela consolidação de um país capaz de produzir felicidade acumulada, e não infelicidades recalçadas.

Prover e abrigar a todos, eis a tarefa da democracia, eis o desafio da consolidação efetiva dos direitos humanos. Eis aí também, a grande tarefa do projeto político de uma sociedade capaz de promover este tenso equilíbrio.

O *modo de fruição da felicidade*, este sim, remanesce como uma escolha de cada qual, ao sabor dos entendimentos, tendências, vontades, gostos, desejos e diferenças. Por isso, Habermas afirma em *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*: “Nos discursos ético-políticos, trata-se da elucidação da identidade coletiva, que tem de deixar espaço para a *multiplicidade de projetos individuais de vida*”.<sup>17</sup> (Grifos nossos).

A PEC da felicidade (PEC n. 19/10), do senador Cristóvam Buarque, segue nesse sentido, ao identificar felicidade associando-a ao pleno desenvolvimento da pessoa a partir dos direitos sociais. A Resolução da ONU, de 13 de julho de 2011, sobre felicidade também segue no sentido de contorná-la como uma “meta fundamental humana”, ao reconhecer que a abordagem holística de felicidade tem muito a contribuir para o desenvolvimento sustentável. E isso porque a felicidade em sua faceta social nos permite enxergar o quanto estamos ligados socialmente uns aos outros, e o quanto aquilo que se passa aos outros, se passa, também, em parte, a nós. Então, a felicidade é algo que também depende de construções sociais, e

<sup>16</sup>HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 101- 102.

<sup>17</sup>HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. Trad. Márcio Suzuki. *Estudos Avançados*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 3, n. 7, p. 18, set./dez. 1989.

não apenas individuais. Lutar pela felicidade do outro, também produz – um pouco – a minha felicidade.

A constante dos noticiários sobre criminalidade nos afeta, mesmo quando não somos diretamente as vítimas. Enquanto houver crianças sendo abusadas e exploradas sexualmente, enquanto a violência doméstica persistir aos borbotões, enquanto o tráfico de pessoas passar por baixo das barbas do Estado, enquanto a pobreza extrema desqualificar existências negadas, enquanto a estigmatização atacar a raiz psicológica da afirmação de identidades... a felicidade não será plena entre nós. O bom ensinamento de Aristóteles era o de que a justiça é um *bem alótrio*, e que é na *alteridade* que nos fazemos mais nós mesmos, *outrando-nos*.

Se a felicidade tem algo de social, e pode ser ambientada de modo adequado no debate social, é porque negros e mulheres, quilombolas e indígenas, jovens e idosos, famílias homoafetivas, pessoas com deficiência... realizam trajetórias que somente podem encontrar na sociedade o ponto de apoio para suas realizações; e estas somente podem se materializar, sistematizando-se as condições culturais, econômicas, jurídicas e políticas para que elas se concretizem, o que justifica seja o direito social à felicidade abrangido no interior das Constituições Sociais.

Essa absorção possibilita a politização das formas de seu alcance e realização, com dupla consequência: em primeiro lugar, a felicidade pode se tornar um lugar-comum discursivo para uma pauta positiva de reivindicações que contornam a possibilidade de projetos de vida plurais se realizarem socialmente; em segundo lugar, a felicidade pode se traduzir em exigências de abstenções, impedindo-se que uns afirmem suas felicidades individuais em detrimento da felicidade dos outros, ou que um modelo de felicidade impere sobre a dinâmica de outros modelos de felicidade.

### 3. FELICIDADE, PLURALISMO E FAMÍLIAS

Se considerados os escritos sociológicos de Jean-François Lyotard, na França dos anos 1970, até os mais recentes estudos de Zygmunt Bauman, na Inglaterra do início do século XXI, o que se pode perceber é que é no reconhecimento da diversidade que fazemos a humanidade dos nossos tempos. Nessa perspectiva, devemos nos reservar o direito de nos defender do paroquialismo moral, para ter bem perto de nós a advertência feita em *Ética pós-moderna (Postmodern Ethics)*, por Bauman, no trecho que vale ser apresentado:

O de que a mente pós-moderna está consciente é de que há problemas na vida humana e social sem nenhuma solução boa, há trajetórias torcidas que não se podem endireitar, há ambivalências que são mais que erros

linguísticos bradando por correção, há dúvidas que não se podem banir da existência, há angústias que nenhuma receita ditada pela razão pode suavizar, nem se fale curar. A mente pós-moderna não espera mais encontrar a fórmula onibrangente, total e última, da vida sem ambiguidade, sem risco, sem perigo e sem erro, e suspeita profundamente de toda voz que promete outra coisa. A mente pós-moderna está consciente de que todo tratamento localizado, especializado e focalizado, eficaz ou não quando medido por seu alvo manifesto, estraga tanto, senão mais, quanto repara. A mente pós-moderna está reconciliada com a ideia de que a balbúrdia do predicamento humano tem que parar aqui. É isso, no esboço mais amplo, que se pode chamar de sabedoria pós-moderna.<sup>18</sup>

Na linha dessa sabedoria acumulada é que se deve inscrever o conjunto das tarefas políticas e jurídicas para a definição dos contornos contemporâneos da reflexão crítica e interdisciplinar do *Direito das Famílias*. No passado ficou a lógica que consentia, por inspiração napoleônico-iluminista, a pretensão racionalista do Código Civil de unificar a vida social, disciplinando-a num diploma único, total e sistemático, coeso e fechado. A ‘modernidade disciplinar’ inspirava este modelo de legislação e de mentalidade no campo da Ciência do Direito.

Por isso, entre nós, o respeito ao pluralismo se constitui no ponto central de definição da tessitura de um mundo aberto, diverso e democrático, o que exige um movimento de pluralismo legislativo, e não de unificação codificada. Nesta medida, o papel do direito pós-moderno não é o de optar por um modo de vida correto/melhor, na tentativa de traduzir uma essência/verdade, em detrimento dos demais. Não havendo a possibilidade de definir as coisas por essências, a tarefa do direito resta sendo aquela de administrar o convívio entre os muitos modos de vida, dando lugar à expressão justa e equidistante sobre projetos de vida legítimos. Se não se considerar a multiplicidade das formas legítimas de autodescoberta e heterodiferenciação, estaremos castrando parte da luta humana pela liberdade. E é por isso que precisamos dos outros, ou seja, para nos descentrarmos, para nos escolarizarmos da diversidade dos olhares, pontos de vista, ideologias, perspectivas, concepções, mantendo-nos abertos à vida, na socrática e desesperada condição de seres incientes.

Na longa jornada da luta pela felicidade, homens e mulheres, gays e lésbicas, travestis e transexuais, jovens e idosos, postulam em formas múltiplas de expressão de convívio, construirão núcleos de famílias democráticas,<sup>19</sup> para os quais valem as regras da busca da felicidade, da integração pelo diálogo e do afeto como expressão do cuidado. O *Direito das Famílias*

<sup>18</sup>BAUMAN. *Ética pós-moderna*, 1997, p. 279.

<sup>19</sup>Ora, a família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada. Do mesmo modo, a família dignificada, isto é, abrangida e conforada pelo conceito de dignidade humana é, necessariamente, uma família democratizada” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Família e dignidade humana. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* (I), Belo Horizonte, São Paulo, IOB Thomson, 2005, p. 619).



se abre para considerar no afeto o elo familiar, no diálogo a condição do convívio e na solidariedade o meio de expressão do *amor fati* na condição humana. Se a *família democrática* é uma *comunidade de convívio* mediada pela linguagem, as tarefas da palavra e da comunicação na esfera familiar são de fundamental importância para a construção de espaços entendimento, bem como para a construção de sociabilidade racional, mediada por valores republicanos, capazes de contribuir para o pleno desenvolvimento da personalidade humana.<sup>20</sup>

O *Estatuto das Famílias*, protagonizado pelo IBDFAM, é o termo comum desse encontro de arranjos de convívio e formas de entendimento, e, por isso, deve ser tomado como símbolo de um marco normativo de vanguarda, requerido por uma sociedade que *re-inscreveu* sua lógica social na base do reconhecimento da diversidade e da diferença, e que se autoriza a pensar *o direito como o lugar dos muitos, e não de poucos, ou ainda, de alguns*. Sem prescrever um modelo ideal de família, mas ao lidar com os múltiplos arranjos familiares existentes, funciona como uma normativa acolhedora, reputando o que é essencial no convívio humano. Considerando-se as multifárias modalidades de entidades familiares, e suas classificações (família tradicional; união estável; família uniparental; família mosaica; família anaparental; família solidária; família simultânea; família homoafetiva),<sup>21</sup> além da mais recente fórmula “família eudemonista”, fato é que o *Direito das Famílias* permite o reconhecimento de uma pluralidade de atores no pertencimento ao universo das conquistas simbolicamente relevantes para a sociedade organizada, racional e diferenciada funcionalmente.

Nessa perspectiva, decisões judiciais, congressos nacionais, projetos de lei fornecem os subsídios para que aquisições culturais possam se estabilizar, tendo-se em conta a especial luta de grupos e indivíduos fragilizados, marginalizados e estigmatizados socialmente pelo seu lugar na sociedade. Nesta medida é que a decisão conjunta do STF, da ADPF 132 e da ADI 4277, sobre uniões homoafetivas, a recente Resolução do CNJ, n. 175, de 14.05.2013, que veda “...a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”, bem como a luta pela aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual caminham neste sentido.

Apesar do autoritarismo resquicial e da intolerância religiosa-moral ainda promoverem breves recaídas no campo das conquistas em direitos humanos, a atitude de uma sociedade democrática é abraçar a cultura dos direitos humanos de modo irreversível, deixando para o vento da história as atitudes retrógradas.

---

<sup>20</sup>Cf. FREITAG. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. *Tempo Social - Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 1, n. 2, 1989, p. 36.

<sup>21</sup>Cf. SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 228.

## 4. RELATIVISMO, MORALISMO E FELICIDADE

As questões morais sempre são candentes, e sempre geram debates e desentendimentos acalorados. O dissenso é uma das características de sociedades modernas, diferenciadas funcionalmente e destraidiconalizadas. As posições filosóficas mais consolidadas sobre o modo de enfrentamento dos dilemas morais contemporâneos são marcadas ou pelo relativismo extremo, ou pelo universalismo absoluto ou pelo ceticismo negador. Contrariando estas tendências é que a ética do discurso afirma sua posição e seu entendimento. Seguir a maré seria seguir afirmando que “nada há de estável que sirva como parâmetro do convívio”, e que, por isso, o direito não teria grande papel a desempenhar num contexto de intenso relativismo moral.

A ética do discurso, no entanto, se preocupa em trabalhar considerando a conciliação entre as exigências de universalidade da conduta e as exigências de relatividade dos juízos morais. Isso significa, em primeiro lugar, que não podemos abandonar completamente o resguardo das exigências advindas da matriz kantiana moderna sobre o universal, e, em segundo lugar, que não devemos nos soterrar na lamaceira dos contextualismos pós-modernos. Há um ponto médio entre o universalismo absoluto e o relativismo extremo, a oferecer-nos uma baliza em tempos de fortes rebuliços morais. A visão contrária simplesmente afirmaria, ao estilo de Maio de 1968, que simplesmente “É proibido proibir”. Mas, não. É possível à ética do discurso a fixação de um critério para a justiça, desde que esta seja fruto de um processo advindo de dois grandes princípios, o *princípio-Discurso* e o *princípio-Universal*.<sup>22</sup> Afinal, no sentido da ética do discurso, as *normas morais* e as *normas jurídicas* têm de ser produzidas a partir de exigências de participação que incluem todos os sujeitos por elas afetados no processo de deliberação de seu conteúdo.<sup>23</sup> Em *Comentários à ética do discurso* veremos esta exigência normativa e corretiva da formulação dos discursos jurídicos assim escrita: “Todas as normas em vigor teriam de ser capazes de obter a anuência de todos os indivíduos em questão, se estes participassem de um discurso prático”.<sup>24</sup>

<sup>22</sup>É nesta perspectiva que falamos de uma ética *formalista*. Na ética do discurso, o método da argumentação moral substitui o imperativo categórico. É ela que formula o princípio “D”:

- as únicas normas que têm o direito a reclamar validade são aquelas que podem obter a anuência de todos os participantes envolvidos num discurso prático.

- o imperativo categórico desce ao mesmo tempo na escala, transformando-se num princípio de universalização «U», que nos discursos práticos assume o papel de uma regra de argumentação.

- no caso das normas em vigor, os resultados e as conseqüências secundárias, provavelmente decorrentes de um cumprimento geral dessas mesmas normas e a favor da satisfação dos interesses de cada um, terão de poder ser aceites voluntariamente por todos” (*Id.*, p. 16). *Vide*, também, ARAGÃO, Lúcia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 194.

<sup>23</sup>Transcreve-se o trecho em que Habermas aponta esta direta vinculação de seu pensamento à filosofia moral kantiana: “Resumindo, todas as tentativas no sentido de um renascimento historicista da ética aristotélica numa base pós-metafísica enfrentam dificuldades consideráveis. Assim, gostaria de abraçar a segunda alternativa que nos é deixada em aberto e examinar se as reservas em relação às abstrações deontológicas, cognitivistas e formalistas não poderão ser contempladas no quadro *preservado* de uma teoria moral de cunho kantiano, apesar de reinterpretada em termos intersubjectivistas” (*Id.*, p. 91).

<sup>24</sup>HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, p. 34. Em contraste, verifique-se a o imperativo de Kant: “O imperativo prático será, pois, como segue: *age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio*” (KANT. *Fundamentos da metafísica dos costumes*,

Esse tipo de máxima filosófica guarda sua importância prática,<sup>25</sup> na medida em que nos resguarda da recaída na barbárie, sempre possível no interior da civilização. Oferece-nos este paradigma, segundo o qual, os principais afetados tem de ser capazes de determinarem o conteúdo das deliberações, e que o resultado destas deliberações seja passível de uma universalização. Sem este tipo de exigência ético-procedural, judeus poderiam ser levados a campos de concentração, negros poderiam ser transformados em escravos, mulheres poderiam ser inferiorizadas por sua condição corporal, atitudes de violência homofóbica seriam legítimas. Esse critério não impede que juízos singulares de caráter antisemita, racista, sexista e homofóbico sejam emitidos por indivíduos, mas impede que normas socialmente vinculativas sejam a base de novas e velhas arbitrariedades do espírito humano. Fica claro, portanto, que a ética do discurso fornece um critério, que fomenta a participação na formulação das normas, e reconhece o lugar da diversidade dos atores sociais, no processo de construção de referências normativas que colaboram para a produção da felicidade no espaço do comum.

## 5. RELATIVISMO, MATERIALISMO E FELICIDADE

As regiões mais abissais da sociedade pós-moderna apontam para os desvãos do individualismo, da indiferença, do pânico, do cinismo e da reificação. A perversidade social está à solta, e nos torna desconfiados do ambiente social, descrentes da força do direito, desmotivados para refletirmos o bem-estar comum. O desnorte parece ter tomado conta dos comportamentos, e a falta de parâmetros, nos faz confrontar com índices e formas cada vez mais aterradoras de violências. Sob esta atmosfera é que as falsas promessas de felicidade encontram farta oportunidade para se afirmarem. Numa sociedade materialista e consumista, está em voga a crença generalizada de que a felicidade é mero fruto do poder de compra. Essa visão empobrece e miniaturiza algo que há milênios é alvo de inquirições refinadas.

Se o direito social à felicidade emerge como um novo bastião no cenário das lutas do direito, não se deve, no entanto, considerar que a felicidade que decorre do materialismo consumista vigente é suficiente por proporcioná-la. A felicidade individual não brota daí, e nem a felicidade

p. 79). *Vide*, a respeito, ARAGÃO, Lúcia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 193.

<sup>25</sup>“A intersubjetividade de um grau mais alto (*die höherstufige Intersubjektivität*), que conjuga a perspectiva de cada um com a perspectiva de todos, pode constituir-se apenas sob os pressupostos comunicativos de um discurso ampliado universalmente, no qual todos os possivelmente envolvidos possam participar e tomar posição com argumentos numa postura hipotética em vista das pretensões à validade (tomadas problemáticas a cada momento) de normas e modos de ação” (HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. Trad. Márcio Suzuki. *Estudos Avançados*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 3, n. 7, p. 15, set./dez. 1989).

coletiva brotará daí, na medida em que a escorreita forma de conceber a exaustão do ser espiritual e simbólico no ser voraz e coisificado é animalizar, ainda uma vez, a existência. As diversas expressões de *família eudaimônica* devem se precaver de não serem envolvidas no embuste social em que vivemos.

O caráter maníaco desta sociedade, compulsiva, e, por isso, repressiva, é estampado na forma de psiquismos adoentados na dinâmica retrógrada da depressão.<sup>26</sup> É curioso perceber que a mesma sociedade da rítmica frenética, da produção ilimitada, do consumo 24 horas, do *fast tudo*, é a que tem produzido crônicas demonstrações de suas patologias no campo da depressão, esta que pode ser admitida como a mais nova expressão do mal-estar do século XXI.<sup>27</sup> A depressão, como um sintoma pandêmico,<sup>28</sup> é um sinal do esgotamento da libido no ciclo infundável da relação produção-consumo. Após o gozo orgástico do ato de consumo, a sensação devastadora de estarmos crescentemente em companhia de coisas, e não de pessoas, de estarmos num entorno de trocas materiais e não de trocas valorativas, comparecem a depressão e a sensação de vazio, que são apenas aparições de sintomas de patologias sociais, como constata os estudos psicanalíticos de Maria Rita Kehl.<sup>29</sup>

Os sujeitos hiperatarefados e hiperconectados da sociedade pós-moderna, regulando suas atividades num regime de disciplina tecnológica, através de seus *i-phones*, *tablets* e *i-pads*, ainda esculpem na alegria desmedida, na atribuição de valor à estética inventada, e no dever de sorrir, as principais pílulas de sombria definição da felicidade de nossos tempos vazios. Considerando o desnorte do sujeito pós-moderno, o consumismo é apenas a abertura para processos de infantilização e dependência, afinal, “O consumidor é a eterna criança de peito berrando pela mamadeira”, afirma Erich Fromm, em *To have or to be*, saída em primeira edição em 1976, em Nova Iorque.<sup>30</sup>

<sup>26</sup>“Analisar o aumento significativo das depressões como sintoma do mal-estar social do século XXI significa dizer que o sofrimento dos depressivos funciona como sinal de alarme contra aquilo que faz água na nau da sociedade maníaca em que vivemos” (KEHL, Maria Rita. *O tempo e o cão: a atualidade das depressões*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 31).

<sup>27</sup>“A depressão é a expressão de mal-estar que faz água e ameaça afundar a nau dos bem-adaptados ao século da velocidade, da euforia prêt-à-porter, da saúde, do exibicionismo e, como já se tornou chavão, do consumo generalizado” (KEHL, Maria Rita. *O tempo e o cão: a atualidade das depressões*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 22).

<sup>28</sup>“O DSM-IV aponta um crescimento a taxas epidêmicas dos diagnósticos de depressão nos países industrializados. Só nos Estados Unidos, estima-se que 3% da população sofra de depressão crônica, ou seja, cerca de 19 milhões de pessoas, das quais 2 milhões de crianças. No Brasil, cerca de 17 milhões de pessoas foram diagnosticadas como depressivas nos primeiros anos do século XXI. De acordo com reportagem do jornal Valor Econômico a respeito dos vinte anos do Prozac, o mercado de antidepressivos vem crescendo no país a uma taxa de cerca de 22% ao ano, o que representa uma movimentação anual de 320 milhões de dólares” (KEHL, Maria Rita. *O tempo e o cão: a atualidade das depressões*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 50).

<sup>29</sup>“No ano de 1995, mais jovens norte-americanos morreram por suicídio do que pela soma de câncer, aids, pneumonia, doenças congênitas e doenças cardíacas” (p. 50). “Até 2020, segundo a MOS, a depressão terá se tornado a segunda principal causa de morbidade no mundo industrializado, atrás apenas das doenças cardiovasculares” (KEHL, Maria Rita. *O tempo e o cão: a atualidade das depressões*. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 51).

<sup>30</sup>FROMM. *Ter ou ser?*, 4. ed., 1987, p. 45.

Para nos acautelarmos diante do embuste social, estejamos mais ao lado da advertência do poeta latino, Horácio, para quem, em suas *Odes* (II, 16, 27-8): “Não existe felicidade perfeita” (*Nihil est ab omni/ parte beatum*). Talvez isso nos poupe um pouco de desperdiçarmos esforços de figurarmos como no vídeo, vitreamente felizes. A própria ideia de uma fruição ao absoluto da felicidade *full time* e as exigências sociais de uma busca autoritária pelo gozo, apenas reforçam a infelicidade e o vazio que ocupam mentes e corações, detraindo-as do que importa. Na onda do consumismo atual, nunca é demais afirmar, felicidade é ser, e não ter! Ser, em suas múltiplas perspectivas, implica fortalecimento moral, intelectual e espiritual do *self*.

## CONCLUSÃO - MAS, AFINAL, E A FELICIDADE? FELICIDADE EM FUGA...

A felicidade é almejada, cortejada e agraciada.

Invocada, aspirada, muitas vezes.

Desejada, flertada, numa enormidade de outras tantas vezes.

A este cortejo, já se lançaram filósofos, teólogos, antropólogos.

Também os poetas.

O poeta Vinicius de Moraes sugere, sutilmente, aos nossos ouvidos:

A felicidade é como a pluma  
Que o vento vai levando pelo ar  
Voa tão leve  
Mas tem a vida breve  
Precisa que haja vento sem parar  
(...)  
Tristeza não tem fim  
Felicidade sim  
(...)  
A felicidade é como a gota  
De orvalho numa pétala de flor  
Brilha tranquila  
Depois de leve oscila  
E cai como uma lágrima de amor

Em seu leve movimento, tentamos contê-la em nossas mãos.  
Tentamos detê-la, cercá-la.  
E agora, é a vez dos políticos e dos juristas.  
Ainda bem, esta noção é fluída e fugidia.

Predefini-la faz até mal, por exercício asfixiante.  
Senti-la, e desfazermo-nos nela, parece melhor.  
Mas, ser tomado de assalto por ela, faz dela experiência e conquista para a existência.  
Ah! Felicidade!  
Este colírio da existência,  
Esta pérola perdida,  
Esta loucura dos sãos e essa sanidade dos loucos.

Nós a encontramos na solidão, ou na parceria de vida.  
Nós a encontramos, por vezes, no fazer, e por vezes, no ócio.  
Aparece como exercício da razão, ou como contradição à razão.  
Com rebeldia, ela se esgueira e nos olha de longe.

Dissabores convertidos em sabores,  
desatinos convertidos em destinos,  
desarranjos que se abrem para novos arranjos.  
Famílias velhas que formam famílias novas.

E, sorrateiramente, ela nos encontra na esquina.  
Na dobra da vida.  
Faz-nos felizes, e a existência inteira sorri.

Mas, sumir no próximo beco, deixando-nos de novo na escuridão!  
Réptil, fugidia, louca, inconstante!  
Suma da minha vida!

(...)

Mas, ah!,

Apareça logo!

E quando vier, venha logo como um raio de esperança!

## REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, Suzana Guerra (org.). *A filosofia e a felicidade*. RS: Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ARAGÃO, Lúcia. *Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BENJAMIN, Walter; Crítica da violência – crítica do poder. In: BOLLE, Willi (Org.). *Documentos de cultura*. Documentos de barbárie: escritos escolhidos. Trad. Celeste H. M. Ribeiro de Souza. São Paulo: Cultrix; EDUSP, 1986. p. 160-175,

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e emancipação social: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Um estatuto para a diversidade sexual*. Disponível em: [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br). Acesso em: 18 maio 2013.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Crítica da razão prática*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2001.

FREITAG, Bárbara. Ética iluminista e ética discursiva. *Revista Tempo Brasileiro* (Jürgen Habermas: 60 anos), Rio de Janeiro, 2. ed., 98, 79/ 124, jul./set. 1989.

DUTRA, Delamar José Volpato. Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro: entrevista. *Revista Tempo Brasileiro* (Jürgen Habermas: 60 anos), Rio de Janeiro, 2. ed., v. 98, p. 5-21, jul.-set. 1989.

DUTRA, Delamar José Volpato. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas *Tempo Social - Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 01, n. 02, p. 7-44, 1989.

FREITAG. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas. *Tempo Social - Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 1, n. 2, 1989.

FREUD, Sigmund. Além do princípio de prazer. *In: Obras completas*. Rio de Janeiro: Imago, 1999, v. XVIII, p. 17-75.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FROMM, Erich. *Ter ou ser?* Trad. Nathanel C. Caixeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

GROENINGA, Giselle; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

HABERMAS, Jürgen. A filosofia hoje: as aventuras de um conceito ambíguo, Entrevista. *A filosofia hoje* (IÑIGO, Emilio Lledó). Trad. Sonia Ramos. Rio de Janeiro: Salvat, 1979. p. 09-23,

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988, t. I.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988, t. II.

HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. Trad. Márcio Suzuki. *Estudos Avançados*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 3, n. 7, 04-19, set./dez. 1989.

HABERMAS, Jürgen. Modernity and postmodernity. *Culture and society: contemporary debates*. Cambridge: Cambridge University, s.d., p. 342- 354.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.



HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. La modernidad, un proyecto incompleto. In: (FOSTER, Hal. (Org.). *La postmodernidad*. Trad. Jordi Fibla, Barcelona: Kairós, 2006. p. 19-36

HERMANN, Fábio. Psicanálise e política: no mundo em que vivemos. *Percurso, Revista de psicanálise*, ano XVIII, n. 36, p. 5-25, 2006.

HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Trad. Jacobo Muñoz. Madrid: Trotta, 2002.

KANT. *Crítica da razão prática*. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KEHL, Maria Rita. *O tempo e o cão: a atualidade das depressões*. São Paulo: Boitempo, 2008.

LEOPOLDO ESILVA, Franklin. *Felicidade: dos filósofos pré-socráticos aos contemporâneos*. São Paulo: Claridade, 2007.

MARÍAS, Julián. *A felicidade humana*. Trad. Diva Ribeiro de Toledo Piza. São Paulo: Duas Cidades, 1989.

MÍLOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação: para uma crítica da modernidade*. Trad. Verrah Chamma. Brasília: Plano, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* (), Belo Horizonte, São Paulo, IOB Thomson, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROUANET, Sergio Paulo. Ética iluminista e ética discursiva. *Revista Tempo Brasileiro (Jürgen Habermas: 60 anos)*, Rio de Janeiro, 2. ed., 98, 23/78, jul./set. 1989.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

SIEBENEICHLER. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*, 1994.

SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho (Org.). *Parentalidade: análise psicojurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.

**Site:**

[www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)



# DIREITO CONSTITUCIONAL À HERANÇA, SAISINE E LIBERDADE DE TESTAR

Paulo Lôbo

Doutor em Direito Civil (USP). Diretor nacional do IBDFAM e  
membro da International Society of Family Law.  
Ex-Ministro do Conselho Nacional de Justiça.

## 1. DIREITOS DOS HERDEIROS OU LIBERDADE DE TESTAR?

Discute-se, no mundo contemporâneo, se o modelo mais adequado de sucessão hereditária deve contemplar prioritariamente os direitos dos herdeiros ou a liberdade de testar. A preferência aos direitos dos herdeiros se assenta na sucessão legal ou legítima e na proporcional redução da liberdade do testador. A Constituição de 1988 tem como direito fundamental o direito à herança e não o direito à sucessão em geral. É dizer, quando o testamento colidir com a sucessão legítima, esta prevalece e não mais a autonomia da vontade do testador. As normas legais da sucessão legítima não podem ser contrariadas pela vontade do testador, salvo quando expressamente facultar-lhe o poder de escolha.

Por tais razões fundamentais, não se compreende porque o Código Civil de 2002 continuou a localizar institutos que são, exclusivamente ou primacialmente, integrados à sucessão legítima, no contexto da sucessão testamentária, como a colação. Cabe à doutrina corrigir essa evidente erronia formal do legislador, trazendo-os ao contexto da sucessão legítima.

A Constituição de 1988 consolidou radicalmente a mudança de paradigma do conceito individualista e liberal das titularidades, como senhorio intocável sobre as coisas, para a subordinação daquelas à função social. Consequentemente, na atualidade, o direito das sucessões está também orientado à função social. A mudança de paradigma impõe consideração prioritária ao interesse social, inclusive quanto ao direito à herança e à redução do papel da vontade do testador.

A origem biológica ou não biológica dos filhos, a nulidade do casamento ou o divórcio não afetam o igual direito sucessório dos descendentes. A diretriz vem traçada desde a Constituição de 1988: os filhos de qualquer origem são investidos nos mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, independentemente de serem matrimoniais ou extramatrimoniais, biológicos ou socioafetivos. Antes, os direitos sucessórios dos filhos passavam pelo filtro da legitimidade: os filhos ilegítimos tinham direitos sucessórios inferiores aos dos filhos legítimos matrimoniais. Se a aquisição dos direitos se dá sem

máculas ou restrições, são do mesmo modo adquiridos os direitos sucessórios pelos descendentes dos filhos, quando os substituem.

## 2. DIREITO CONSTITUCIONAL À HERANÇA

A garantia fundamental do direito à herança apenas foi prevista expressamente na Constituição de 1988. Não se encontra referência semelhante nas Constituições anteriores. Quando uma Constituição introduz uma garantia tem por finalidade proteger uma categoria de pessoas, o que redundará em contenção do legislador infraconstitucional e na imposição de respeito a esses direitos por parte de todos. As categorias protegidas pela Constituição de 1988 foram os herdeiros dos nacionais e os herdeiros nacionais de estrangeiros.

Qual o significado do enunciado constitucional de ser “garantido o direito à herança”?

Direito à herança não se confunde com direito a suceder alguém, porque antes da morte não há qualquer direito a suceder. Nessa errônea doutrina incorreu a doutrina tradicional, a exemplo de Carlos Maximiliano. Antes da morte, há mera expectativa de direito, mas não direito constituído ou direito expectativo, porque a sucessão não ocorreu, sendo apenas eventual. Se a lei, antes da abertura da sucessão, restringir a ordem de vocação hereditária, ou se um provável herdeiro morrer antes do *de cuius*, quem poderia ser herdeiro deixa de o ser.

A Constituição não se refere à sucessão em geral, mas apenas à herança. Ou seja, foi elevado à garantia constitucional o direito daqueles que se qualificam como herdeiros de quem morreu (autor da herança), mas não qualquer sucessor. A Constituição não define quem seja herdeiro, o que remete ao legislador infraconstitucional. Todavia, este está limitado ao fim social da norma constitucional, que é a proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco. Todos os demais sucessores têm tutela restritamente infraconstitucional e desde que não afetem a preferência atribuída pela Constituição aos qualificados como herdeiros. Os legatários, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, antes ou entidades não personificadas, são sucessores, mas não são herdeiros.

Vê-se, então, que houve giro copernicano ou notável mutação paradigmática. O Direito das Sucessões brasileiro foi desenvolvido, pelos juristas tradicionais, com base no modelo do Direito Romano e da codificação moderna liberal de preferência à sucessão testamentária. A sucessão legal ou legítima, ou seja, a que a lei define em prol dos herdeiros necessários ou legítimos do autor da herança, era considerada em nosso direito como supletiva, incidindo apenas quando não se deixava testamento.

A preferência à sucessão testamentária estava nas Ordenações Filipinas, na Consolidação das Leis Civis e no Código Civil de 1916. Este último estabelecia que “morrendo a pessoa sem testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos”. A doutrina, tradicionalmente, dedicou o melhor de suas reflexões à sucessão testamentária. O papel desempenhado pelo testamento no Direito Romano, durante o período imperial, refletia as peculiaridades das mudanças havidas nos interesses da aristocracia romana, como instrumento de poder, ao lado dos arranjos matrimoniais. Seu renascimento durante a modernidade liberal prestou-se à valorização da autonomia da vontade e do individualismo, necessários à afirmação dos valores ascendentes da burguesia e da nascente industrialização, em conflito com a aristocracia rural, que assentava seu poder na propriedade fundiária.

Todavia, o *law in books* foi ignorado pelo *law in action*. O modelo individualista do predomínio da sucessão testamentária, ao menos no plano legal e doutrinário, foi desafiado pela realidade social brasileira de descon sideração massiva do testamento e da incidência quase total da sucessão legítima em todas as classes sociais, além da ascensão dos valores e princípios sociais, que marcaram a trajetória do direito privado, principalmente a partir do início da segunda metade do século XX, com especial destaque à função social da propriedade, que se converteu em princípio fundamental na Constituição de 1988.

A sucessão testamentária, que recebia destinação preferencial da lei, passou a ser secundária, tal como ocorre na realidade brasileira. A preferência à sucessão testamentária, que foi marcante na doutrina especializada brasileira, não faz mais sentido e converte-se em opção ideológica que homenageia excessivamente a autonomia individual, em prejuízo dos valores sociais e de solidariedade familiar, que são mais bem contemplados na sucessão legítima.

A garantia do direito à herança inverte a primazia. Em vez do autor da herança, principalmente quando testador, e do respeito à sua vontade, que era tida como norte de interpretação, a primazia passou para o herdeiro. O direito do herdeiro é o assegurado pela lei e não pela vontade do testador. O autor da herança não é mais o senhor do destino do herdeiro.

O Código Civil de 2002 procurou inserir-se nessa contemporânea mutação paradigmática de conformação do Direito Sucessório aos valores e princípios sociais, inflectindo tendencialmente para a sucessão legítima, que, por ser o modelo escolhido pelo legislador, tem a presunção de conciliar os interesses individuais com os interesses sociais do grupo familiar e com a solidariedade social. As alterações ocorridas no texto de 1916, que serviu de base, apontam nessa direção, como a ampliação do rol de herdeiros necessários, incluindo o cônjuge e o companheiro, notadamente em razão de serem considerados herdeiros concorrentes com os demais. Repete, contudo, a regra da supletividade da sucessão legítima em seu art. 1.788 e mantém os numerosos dispositivos destinados ao testamento, vindos de 1916, incluindo

institutos que caíram em desuso. De tudo resultou um diploma legal incoerente, em que se atribui mais importância, no que respeita à quantidade das normas, ao que há menos interesse social.

A doutrina tem salientado a emergência de valores existenciais no Direito das Sucessões constitucionalizado, revelando o primado da pessoa humana, destacando na atual legislação civil a sucessão concorrente de cônjuge e companheiro, o direito real de habitação em favor do cônjuge e companheiro, a igualdade sucessória dos filhos, a designação testamentária de filho eventual de determinada pessoa, a necessidade de justa causa para as cláusulas restritivas da herança necessária.

As normas do Código Civil de 2002 hão de ser interpretadas em conformidade com os princípios e regras constitucionais. Estes e estas prevalecem sobre aquelas. Na dúvida, o intérprete deve encontrar o sentido que melhor contemple o direito do herdeiro e não a vontade presumida do autor da herança. Assim, a afirmação corrente de ser a vontade do testador o critério fundamental de interpretação do testamento perdeu consistência. A vontade do testador é levada em conta até o ponto que não comprometa a garantia do direito dos herdeiros e deve estar em conformidade com esse e os demais princípios constitucionais, notadamente o da função social do testamento. Essa deve ser a orientação que se deva imprimir ao art. 1.899 do Código, por exemplo. Contudo, há o limite extremo que não pode ser ultrapassado no esforço de interpretação conforme das normas do Código, isto é, quando elas sejam totalmente incompatíveis com as normas da Constituição, o que conduz à sua inconstitucionalidade.

### 3. O MODELO BRASILEIRO DA SAISINE OU DAS TRANSMISSÃO AUTOMÁTICA DA HERANÇA

Adquire-se a herança, automaticamente, com a abertura da sucessão. O direito brasileiro difere de outros sistemas jurídicos porque admite a transmissão automática, sem necessidade de consentimento ou aceitação dos herdeiros beneficiados ou decisão de qualquer natureza. Ainda que o herdeiro não tenha conhecimento da abertura da sucessão, a transmissão dá-se a seu favor, desde o preciso momento da morte do autor da herança. A transmissão é por força de lei. O que uma pessoa herdou e ainda não sabe, ou não aceitou, já ingressou em seu patrimônio, conquanto não definitivamente.

A norma jurídica que assim enuncia o modelo brasileiro de sucessão a causa da morte é o Código Civil: *“Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”*. Não apenas aos herdeiros, mas aos demais sucessores, inclusive os legatários e, na falta de todos esses, à Fazenda Pública. Quanto aos legatários (CC, art. 1.923), a eles pertencem as coisas certas, existentes no acervo, *“desde a abertura da*

sucessão”. O Código Civil de 2002 suprimiu as expressões “o domínio e a posse”, existentes no Código anterior, resultando simplesmente na transmissão automática da herança – conjugando direitos reais, posses, dívidas, créditos e outros direitos – ao herdeiro legítimo (incluindo o ente estatal) ou legatário.

A essência da norma brasileira é que a morte da pessoa não gera um vazio de titularidade sobre a herança que deixou. Os direitos subjetivos sobre a herança são de um sucessor, ou diversos sucessores, sejam eles determinado pela lei ou pelo próprio autor da herança, mediante testamento que antes fez. Não se admite que tais direitos restem sem sujeitos, porque a aceitação tácita ou expressa não é constitutiva da transmissão da herança.

Sua origem radica no modelo engendrado pelos povos germânicos, retratado na expressão do Direito francês de *droit de saisine* – a partir da máxima *le mort saisit le vif, sans ministère de justice*. Esse modelo é diverso do que o Direito Romano legou, mediante o qual a sucessão hereditária inicia com a aceitação do sucessor, permanecendo jacente até que essa se dê. Para o Direito Romano, portanto, jacente era a herança cujos sucessores não manifestaram aceitação, ou até quando esta se dava. No Direito Romano havia lapso de tempo entre o que denominava delação e a aquisição da herança. A delação era o prazo ou espaço de tempo concedido ao sucessível, ou seja, ao que poderia ser sucessor, para que nele dissesse se aceitava ou não a herança. O sucessível ficava na posição jurídica de pessoa a quem se deferia a herança, cuja transmissão dependia de exercício de verdadeiro direito potestativo.

Diferentemente da tradição do Direito Romano, o *droit de saisine*, ou simplesmente *saisine*, opera por força de lei, relativizando o efeito da aceitação posterior. Com a delação, nos sistemas que a preveem, o chamado não é ainda herdeiro, mas titular de um direito potestativo de aceitar a herança. Portanto, não faz sentido referir à delação da herança – no sentido de devolução sucessória, ou oferecimento da herança, que depende de manifestação do herdeiro – e de adição, entendida como aquisição da herança pela aceitação, como se lê em obras de doutrinadores (por exemplo, Itabaiana de Oliveira e Orlando Gomes), pois o modelo da *saisine* brasileira não as contempla, uma vez que a transmissão da titularidade opera imediatamente com a abertura da sucessão. Como esclarece Pontes de Miranda, a herança não jaz sem dono, de jeito que o conceito de herança jacente mudou. Quando, no tempo em que se espera o nascimento do herdeiro concebido, ou de alguma decisão sobre a legitimação ativa de alguém à herança, ou em que se aguarda a personificação de sociedade ou fundação, criada pelo *de cuius*, a herança já é de alguém: apenas não se sabe se é o beneficiado pela lei, ou pelo testamento, ou se algum dos herdeiros legítimos, ou de outrem. Não se pode aludir, pois, à suspensão da sucessão; a sucessão já se deu.

Conseqüentemente, no Brasil estão conjugadas e subsumidas na *saisine* a abertura da sucessão, a vocação, a devolução, a delação, a aquisição



que, em outros países, constituem fases distintas. Nenhuma herança fica sem titular ou titulares. Não se exige qualquer ato de autoridade ou de herdeiro para que se opere a transferência da herança.

Na evolução do Direito brasileiro, a *saisine* plena teve consagração com o Alvará de 9 de novembro de 1754 – integrando o conjunto de reformas do Marquês de Pombal, contrárias à tradição do Direito Romano e aos costumes medievais –, que introduziu no Direito luso-brasileiro a transmissão automática dos direitos, que compõem o patrimônio da herança, aos sucessores, legais ou testamentários, com toda a propriedade, a posse, os direitos reais e os pessoais. O Alvará de 1754 modificou o sistema das Ordenações Filipinas, por razões não só de tradição, mas também de ordem prática, com intuito de tornar claro quem era o herdeiro, de evitar que a vacância propiciasse conflitos de posse com aqueles que se aproveitassem desse momento de falta de certeza de quem era herdeiro e de proteção dos credores do falecido. Os Códigos Civis de 1916 e 2002 deram continuidade a essa tradição bem sucedida da experiência brasileira.

Curiosamente, o Direito português tomou rumo diferente, pois o Código Civil lusitano de 1966 retoma parcialmente o modelo romano, ao fazer o início da transmissão a causa da morte, dependente da aceitação dos herdeiros beneficiários. O ponto de partida para a transmissão não é a morte, mas o “chamamento” das pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais da pessoa falecida (a dilação do Direito Romano) e a “devolução” dos bens que ela deixou. Se os primeiros sucessíveis chamados não quiserem aceitar, serão chamados os seguintes, que, se aceitarem, terão a “devolução” a seu favor, com efeitos retroativos à abertura da sucessão (morte).

Parte da doutrina brasileira, ainda sob efeito da tradição romana, e sem a devida atenção às peculiaridades da *saisine* ampla que nosso Direito adotou, reproduz o modelo restrito de outros direitos, como o português aludido. Erro maior é a afirmação corrente de que entre a abertura da sucessão e a aceitação haveria espaço de tempo, dentro do qual inevitavelmente a herança ficaria sem titular. Contudo, no Direito brasileiro, a *saisine* opera automaticamente sem chamamento, delação da herança e devolução, pois a transmissão não depende da vontade do sucessível: morto o autor da herança esta se transmite imediatamente ao herdeiro ou sucessor, tornando-o titular das relações jurídicas transmitidas, antes mesmo que diga se aceita ou renuncia. Não se pode cogitar de devolução, pois esta suporia a existência de tempo em que a herança não fosse ainda transmitida aos sucessores, “devolvendo-se” a estes quando aceitassem, o que retrocederia nosso Direito ao sistema anterior a 1754.

A *saisine* é o mecanismo jurídico de investidura automática e legal na titularidade da herança, dos que o ordenamento considera sucessores, na ordem estabelecida. No Direito brasileiro, é conferida a quaisquer herdeiros necessários, legítimos ou testamentários e a todos que estejam legitimados

a receber a herança, sejam parentes, legatários ou Fazenda Pública. O direito real – inclusive a propriedade – é imediatamente transmitido ao sucessor, segundo a ordem de vocação hereditária, seja ele qual for (herdeiro legítimo, herdeiro testamentário, legatário). A *saisine*, contudo, não opera automaticamente com relação à posse dos bens deixados aos legatários, pois estes, conquanto já investidos na titularidade do respectivo direitos reais, têm que reclamá-la aos herdeiros legítimos, se houver. Conseqüentemente, no Direito brasileiro, a transmissão dos direitos reais, a causa de morte, é legal e automático, não dependente de vontade ou decisão de quem quer que seja. A transmissão da posse imediata e direta apenas não opera automaticamente em relação aos legatários.

A *saisine* que se adotou em França, de onde se irradiou para diversos ordenamentos jurídicos, é restrita e parcial; portanto, diferente da brasileira. Com efeito, no Código Civil francês, art. 724, apenas os herdeiros legítimos adquirem por força de lei (*sont saisis de plein droit de biens, droits et actions du défunt*); os demais sucessores dependem de cumprimento de outros requisitos, inclusive aceitação ou imissão na posse. Os ordenamentos jurídicos que não admitem a *saisine* condicionam a aquisição da herança inteiramente à aceitação, ainda que os efeitos desta retroajam à data da abertura da sucessão, como estabelece o art. 459 do Código Civil italiano.

Vê-se que a transmissão à causa de morte no Direito brasileiro é distinta dos modelos conhecidos. É distinta do Direito Romano, porque não depende da aceitação para que se dê. É distinta do Direito francês porque não se restringe a alguns tipos de herdeiros ou sucessores. Todos os sucessores, inclusive o ente estatal, são beneficiados pela *saisine*.

O Código Civil, art. 1.227, estabelece que os direitos reais sobre imóveis, constituídos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro do título de aquisição (compra e venda, permuta, dação em pagamento, doação, por exemplo) no registro de imóveis respectivo. Expressa o modelo binário que o Direito brasileiro adotou, distinguindo os efeitos do título de aquisição (meramente obrigacional) e os do modo de aquisição (transmissão da propriedade ou outro direito real, com o registro), que a praxe divulgou na expressão “só é dono quem registra”. Para a transmissão dos direitos reais sobre móveis, o modo de aquisição é a tradição (entrega real da coisa). Diferentemente, na transmissão da herança de bens móveis ou imóveis a causa da morte, o título e o modo de aquisição se confundem na abertura da sucessão: não são, portanto, dois momentos distintos, o que significa dizer que não se fazem necessários nem o registro público nem a tradição da coisa, cujas eficácias são meramente declarativas, ao contrário da eficácia constitutiva da transmissão entre vivos. Nesse sentido, esclarecendo o efeito da *saisine*, decidiu o STJ (REsp 48199) que a herança é modalidade de aquisição da propriedade imóvel, que se transfere aos herdeiros com a abertura da sucessão e não com o registro imobiliário.

O desconhecimento da existência de herdeiro, ou o desconhecimento do paradeiro do único parente sucessível não implicam ficar a herança sem transmissão. Só há herança se alguém herda, porque isso resulta do princípio da *saisine*. Se o parente ausente não se apresenta, ou se o que se imaginava existente não existe, ou renuncia, se também não há cônjuge ou companheiro de união estável, herda a Fazenda Pública ou ente estatal (dependendo do local do bem, o Município, ou o Distrito Federal, ou a União, esta para os Territórios Federais).

É corrente na literatura jurídica brasileira a afirmação de que a Fazenda Pública não é beneficiária da *saisine*, porque seria sucessor supletivo, na falta de herdeiro legítimo ou testamentário, ou de legatário. Esse entendimento ficou fortalecido com a redação dada pelo art. 1.829 do Código Civil de 2002, que suprimiu a referência à Fazenda Pública, prevista no Código civil de 1916, em relação à ordem de vocação hereditária dos sucessores legítimos. Todavia, o art. 1.844 prevê que não sobrevivendo cônjuge, companheiro, ou parente sucessível, a herança é transmitida à Fazenda Pública, desde a abertura da sucessão, não o fazendo depender de cumprimento de qualquer requisito ou de eficácia retroativa da decisão judicial. Assim, se não há parente sucessível ou, se este não a tiver renunciado, a aquisição da herança pela Fazenda Pública dá-se do mesmo modo que a prevista para os demais sucessores, ou seja, por força de lei e de modo automático na data da abertura da sucessão, com uma nota adicional: a Fazenda Pública não pode renunciar à herança. Também para a Fazenda Pública vale o princípio de que os bens não restam sem titular.

Diferentemente de outros sistemas jurídicos, a *saisine* brasileira importa imediata transmissão da posse ao herdeiro, desde a abertura da sucessão, e não apenas as titularidades dos direitos reais. Consequentemente, o herdeiro não pede imissão de posse, porque a posse ele já tem, por força de lei, desde a abertura da sucessão. Pode exercer ação de esbulho, ou de turbação, ou qualquer ação possessória. Se o herdeiro falece, mesmo antes de aceitar a herança, seus sucessores prosseguem nas mesmas titularidades de posse e de direitos reais. Às vezes, a posse é apenas a mediata, pois a posse imediata pode estar com terceiro (por exemplo, o bem deixado pode estar alugado, o que faz com que a posse imediata esteja com o locatário). Pode ser objeto da transmissão apenas a posse imediata sobre a coisa deixada, quando o *de cuius* era apenas possuidor, sem título de propriedade, ou seja, não apenas se transmite a causa de morte títulos de domínio, mas igualmente situação fática da posse sobre bens. A posse pode ser apenas imediata, sem titularidade da posse mediata, como na hipótese de o *de cuius* ter morrido na qualidade de locatário do imóvel ou arrendatário rural; esta é a posse que se transfere, sem titularidade de direito real. Seja como for, mediata ou imediata, a posse que passa ao herdeiro é posse própria, definitiva, a mesma em que se encontrava investido o *de cuius*; não é posse imprópria ou provisória.

Até a partilha dos bens, a posse imediata concentra-se no cônjuge, ou companheiro, ou administrador da herança ou inventariante judicial. Contudo, a posse mediata já foi transmitida aos herdeiros desde a abertura da sucessão, que a têm em partes ideais, pois enquanto não se proceder à partilha dos bens (judicial ou extrajudicial), a herança é tida como um todo, em condomínio.

Ante as controvérsias doutrinárias sobre a natureza da herança ou da comunhão hereditária, o Código Civil de 2002 (arts. 80 e 1.791) tomou posição expressa pelo condomínio. A indivisibilidade e a universalidade da herança regulam-se pelas normas relativas ao condomínio, até a partilha. Os herdeiros legais e testamentários são titulares de partes ideais. A composses é exclusiva dos herdeiros, não incluindo o legatário, cuja titularidade se equipara à nua-propriedade até a partilha, ou antes desta se lhe for deferido o pedido de legado.

Dado o caráter de transmissão automática do patrimônio, pela *saisine*, antiga decisão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Nelson Hungria, já esclarecia que os herdeiros o recebem *pro indiviso*, nenhum deles podendo exercer atos possessórios que excluam a posse dos outros (AglIn 15181, de 1951). É também do STF (RE 7586) o entendimento de ser possível a pretensão reivindicatória do herdeiro, antes do inventário, em virtude da *saisine*, pois esta já lhe transmitiu automaticamente a posse e o domínio. Após o Código Civil de 2002, prosseguiu o STJ na mesma direção, pois, tal como ocorre em relação a um condômino, ao coerdeiro é dada a legitimidade *ad causam* para reivindicar, independentemente da formação de litisconsórcio com os demais coerdeiros, a coisa comum que esteja indevidamente em poder de terceiro (REsp 1192027). Do mesmo Tribunal é a decisão de que os direitos hereditários, ainda que em partes ideais da herança, integram o patrimônio do herdeiro e são, por isso, disponíveis e penhoráveis; arrematados os direitos hereditários, o herdeiro respectivo é sucedido no inventário, pelos arrematantes (REsp 999348).

#### 4. LIMITES À LIBERDADE DE TESTAR

A sucessão testamentária, no Brasil, teve sempre utilidade secundária e residual, não penetrando nos hábitos da população, como se vê na imensa predominância da sucessão legítima nos inventários abertos. São fatores desse pouco uso as exigências formais que a lei impõe aos testamentos, o custo destes e a aceitação social das regras legais da sucessão legítima. É imenso o fosso entre a preferência da doutrina jurídica especializada pela sucessão testamentária e a realidade social brasileira. Em seu grandioso *Tratado de Direito Privado*, Pontes de Miranda dedica um dos tomos à sucessão legítima e quatro à sucessão testamentária. Todavia, em correspondência ao sentimento

coletivo de apreço à sucessão legítima, fundada no princípio da igualdade entre os herdeiros, a Constituição (art. 5º, XXX) elevou o direito à herança ao *status* de direito fundamental. São dois os fins sociais principais da norma constitucional: o de impedir que o legislador infraconstitucional suprima totalmente esse direito e o de garantia de sua aquisição pelos herdeiros.

O testador exerce sua autonomia ou liberdade de testar de modo limitado quando há herdeiros que a lei considera necessários. Nesta hipótese, que é a mais frequente, sua autonomia fica confinada à parte disponível, não podendo reduzir a legítima desses herdeiros. Sua autonomia é mais ampla quando não há qualquer herdeiro necessário, podendo contemplar de modo desigual os demais herdeiros ou excluí-los totalmente da herança, quando destinar a herança a terceiros. Por ser instrumento de atribuição desigual da herança e até de exclusão desta é que a lei impõe à sucessão testamentária requisitos e formalidades substanciais.

Nos sistemas jurídicos, como o brasileiro, que asseguram a intocabilidade da parte legítima ou indisponível, reservando ao testador apenas a parte disponível, a primazia é da sucessão legítima, conferindo-se papel secundário à sucessão testamentária.

A prevalência da sucessão legítima tem longa história, em nosso Direito, com início no ano de 1769, pela lei de 9 setembro, que integrou a Reforma Josefina, impulsionada pelo Marquês de Pombal, que substituiu o Direito Romano pelas regras de boa razão das nações civilizadas. A sucessão testamentária era prioritária no Direito Romano imperial e nas Ordenações Filipinas (Liv. 4, Tit. 86), que o seguiu. Como registrou Coelho da Rocha, o sistema testamentário romano assentava sobre dois princípios fundamentais e conexos: primeiro, a instituição obrigatória no testamento de um ou mais herdeiros universais; segundo, ninguém podia morrer “parte testado e parte intestado”. Ou seja, à sucessão da mesma pessoa não podiam concorrer os herdeiros legítimos e os herdeiros testamentários. Com a Reforma Josefina, os herdeiros legítimos necessários passaram à frente, concorrendo com os testamentários, desde que estes fossem contemplados nos limites da parte disponível.

A sucessão legítima preferencial inverte a primazia que se atribuía ao testador. Em vez do autor da herança, principalmente quando testador, e do respeito à sua vontade, que era tida como norte de interpretação, a primazia passou para o herdeiro. O direito do herdeiro é o assegurado pela lei e não pela vontade do testador, que não pode restringi-lo, salvo nos limites admitidos pela lei.

O autor da herança não é mais o senhor do destino do herdeiro. Assim, a afirmação corrente de ser a vontade do testador o critério fundamental de interpretação do testamento perdeu consistência. A vontade do testador é levada em conta até o ponto que não comprometa a garantia constitucional do direito dos herdeiros (legítimos ou testamentários) e deve estar em

conformidade com esse e os demais princípios constitucionais, notadamente o da função social do testamento e o da dignidade da pessoa humana. Essa deve ser a orientação que se deva imprimir ao art. 1.899 do Código Civil de 2002, em harmonia com o sentido da alteração havida em outros dispositivos, como o art. 1.848, que restringiram o poder quase ilimitado antes conferido ao testador.

No que concerne ao patrimônio, o testador está restrito à parte disponível, se houver herdeiros necessários. Decorre do sistema jurídico brasileiro atual, ante a garantia constitucional do direito à herança (CF, art. 5º, XXX) e a nítida opção do Código Civil de proteção dos herdeiros necessários, que as únicas cláusulas restritivas da legítima são as de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade (art. 1.848). Ainda assim, dependentes de justa causa declarada. Não pode o testador estipular outras, sob pena de incidirem em nulidade. Essa mudança de orientação legal responde adequadamente à preocupação da doutrina, quanto ao risco de tais cláusulas fraudarem ou diminuam a legítima dos herdeiros necessários. Melhor andaria o legislador se excluísse de vez a possibilidade, ainda que limitada, de qualquer restrição à legítima, retomando-se a tradição do direito brasileiro anterior a 1907, que não as admitia.

A doutrina de Clóvis Bevilacqua da preferência da sucessão legítima sobre a sucessão testamentária, em seus comentários ao Código Civil, terminou prevalecendo na Constituição de 1988, que estabelece o direito à herança e não, genericamente, à sucessão. Ainda que o testador possa designar herdeiros testamentários, a finalidade da norma constitucional é a proteção dos herdeiros legítimos, necessários ou não. No art. 1.906 do Código Civil de 2002, o que não é objeto de destinação do testador, em relação à parte disponível, permanece com os herdeiros legítimos, que o adquiriram por força da *saisine*. A porção da parte disponível, não destinada pelo testador, continua sob suas titularidades.

Apesar da forte crítica de Pontes de Miranda à vedação ao testador de estipular tempo para começar ou cessar o direito do herdeiro, que qualifica como exótica e supérflua, o Código Civil de 2002 manteve a mesma regra do art. 1.665 do Código anterior. Fê-lo justificadamente, ante sua opção de tratamento preferencial ao herdeiro – inclusive o testamentário, de que se cuida – e consequente limitação ao testador, adequada à garantia constitucional (art. 5º, XXX) do direito à herança. A vedação legal não se estende ao legatário, que pode suportar termo inicial ou final para aquisição ou exercício do direito transferido.

Quanto às cláusulas restritivas, não há mais a discricionariedade que o direito anterior assegurava ao testador, o que reduziu a importância social dessas cláusulas. A profunda limitação ao testador tem por fíto a mais ampla garantia de inviolabilidade do direito à herança, assegurada na Constituição, ou da legítima dos herdeiros necessários. Portanto, apenas em

caráter excepcional, pode cláusula desse jaez restringir a legítima, desde que a justificativa convença o juiz de que foi imposta no interesse do herdeiro necessário e nunca para satisfazer valores ou idiossincrasias do testador. Ainda assim, continua atual a repulsa de Orlando Gomes a tais cláusulas, por ele consideradas insustentáveis quando recaem nos bens da legítima, porque esta pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, que devem ser transmitidos tais como se achavam no patrimônio do *de cujus*. Perfilhamos a conclusão do autor de serem atentatórias da legítima expectativa convertida em direito adquirido, quando da abertura da sucessão. A proteção visada pelo testador transforma-se, frequentemente, em estorvo, antes prejudicando que beneficiando o herdeiro. Essas advertências fortalecem a necessidade de interpretação exigente e restrita da justa causa, imposta pela lei atual. Sob a dimensão constitucional, essas cláusulas limitativas constituem restrição a direitos fundamentais garantidos na Constituição, como o direito de propriedade (art. 5º, XXII), informado pela função social (art. 5º, XXIII), o direito de herança (art. 5º, XXX) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

# CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO BRASIL: O ESTADO DA ARTE NA LEI, NA DOCTRINA E NOS TRIBUNAIS<sup>1-2</sup>

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

## 1. COMO PRIMEIRAS PALAVRAS

No Brasil, infelizmente, passamos por um intenso problema com relação à interpretação de dispositivos legais referentes à concorrência sucessória de cônjuge ou de companheiro sobrevividos com os descendentes do autor da herança.

Com a publicação e entrada em vigor do Código Civil, em 2003, e com as alterações de monta que ali foram produzidas, de sorte a reconfigurar a trajetória e o destino da sucessão por morte dos brasileiros, o que se esperava, tanto na mídia quanto na Academia, era que acontecesse um movimento no sentido de esclarecimento da população, como já havia acontecido, no passado, com outros importantes e inovadores temas, como as relações de consumo, por exemplo, e o correspondente Código de Defesa do Consumidor. De certo modo, todos os brasileiros “conhecem” minimamente os seus direitos, como ator consumerista.

A ausência de divulgação e informação a respeito das significativas alterações pelas quais passou o Direito das Sucessões no Brasil tem como consequência o fato de que “poucas são as pessoas, leigas ou não, que sabem descrever o destino e endereçamento de seus bens, para depois de sua morte. As dúvidas a todos assolam e as opiniões e pontos de vista díspares se multiplicam no cenário jurídico e judicial, colaborando, não para a construção de um cenário mais esclarecedor, mas, sim, para o aumento da incompreensão, da confusão e das decisões díspares”.<sup>3</sup>

Mesmo os profissionais da área jurídica, 11 anos depois do início de vigência do Código, encontram muitas dificuldades, principalmente à face da maneira não zelosa e até mesmo atrapalhada, com a qual o novo regramento foi escrito. As desculpas e explicações são inúmeras, soltas por todo o canto,

---

<sup>1</sup>Este texto corresponde à exposição que a autora proferiu durante o IX Congresso promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, na cidade de Araxá (MG), no período de 20 a 23 de novembro de 2013.

<sup>2</sup>Palestra proferida no dia 12.05.2014, na cidade de Lisboa (PT) no evento “Jornadas Científicas FDUSP/FDUL”, coordenado pelos Professores-Doutores Fernando Araujo (FDUL) e José Fernando Simão (FDUSP), realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal.

<sup>3</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, p.387.



mas a verdade é uma só: “o Código deixa à deriva inúmeros aspectos, corriqueiros na vida comum, sem uma indicação mais precisa do caminho a ser adotado, empurrando à literatura e à resposta judicial as tentativas de superação de seus vazios”.<sup>4</sup>

Se estes vazios fossem apenas lacunas da lei, nada de excepcional ocorreria, uma vez que a lei não pode prever todas as situações, exatamente porque ela é im pessoal, geral e abstrata. Esta ocorrência é normal. Mas no caso em relato, não se trata de uma simples deficiência a ser suprida pelos normais modos de fazê-lo, como se sabe. Como tenho repetido, em minhas considerações, o que aconteceu mesmo – e infelizmente – “foi uma espécie de indiferença, uma falta de atenção ou cuidado, no sentido de fazer constar, por previsão explícita, hipóteses das mais corriqueiras na vida dos homens e das sociedades”.<sup>5</sup>

O resultado de um desacerto legislativo como este acarretou, como não podia deixar de ser, decisões judiciais díspares, o que causa sofrimento ao direito, uma vez que não consagram o justo, como deveria ser. E mais, estas distintas decisões judiciais não resultam – e é muito importante que se registre – “da insuficiência ou do desmando judiciário, mas tão somente da falha do legislador brasileiro, por ter produzido, não acidentalmente, um vazio de previsão”.<sup>6</sup>

## 2. O ESTADO DA ARTE DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO BRASIL

### 2.1. O ESTADO DA ARTE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O instituto da concorrência sucessória não foi conhecido pelo Direito brasileiro, antes do Código Civil de 2002. No entanto, e como aconteceu com praticamente todo o V Livro do Código, o regramento da concorrência sucessória deixou transparecer, mais uma vez, a ausência de um verdadeiro sistema de direito, o que tem causado, entre nós, um enorme descompasso em tantos aspectos ou planos, bem como e até mesmo, um desastrado acúmulo de regras descombinadas entre si, o que apenas faz nascer e se multiplicar um sem-número de casos da vida real que não conseguem encontrar guarida segura na fortificação legal.

---

<sup>4</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, p.388.

<sup>5</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, p.388.

<sup>6</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, p.389.

O novo Estatuto Civil manteve a ordem da vocação hereditária, já tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, com o cônjuge ocupando o terceiro lugar na chamada sucessória, depois dos descendentes e dos ascendentes e antes dos colaterais. Mas garantiu ao cônjuge sobrevivente, certa posição de igualdade – e, por vezes, até de primazia – relativamente aos descendentes, mas também relativamente aos ascendentes que são chamados a herdar.

O art. 1.829 do CC, então, organiza a chamada vocatória, em níveis de preferência (por classes e por graus, em divisão por cabeça), a tudo somando a chamada concorrente do cônjuge sobrevivente, desde que se preencham todos os pressupostos ali apontados, referentes ao regime de bens adotado no casamento e à situação que teve, de convívio, com o agora falecido, se a concorrência se der com os descendentes do autor da herança. Por outra parte, se a concorrência se der com os ascendentes do morto, a lei não descreve pressupostos que devam ser preenchidos, a validar a referida concorrência. Vale dizer, apenas se dá a concorrência do cônjuge com os ascendentes, em todos os casos.

Veja-se a letra do dispositivo legal em evidência:

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

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

II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III- ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais. (grifos nossos)

“Como se observa, o cônjuge viúvo está, neste rol preferencial de vocação hereditária, em terceiro lugar, mas se posiciona favorecido igualmente nas duas primeiras e antecedentes classes, eis que a lei dispõe acerca de sua concorrência com aqueles primeiros chamados a herdar, isto é, com os descendentes e com os ascendentes do falecido. A imissão do cônjuge nas classes anteriores à terceira se faz de forma gradativa e proporcional à importância que o legislador empresta aos descendentes e aos ascendentes, em relação ao apeço e carinho que o morto presumidamente guardaria para cada qual. Por isso é que a quota do cônjuge aumenta de acordo com a classe em que se encontre (art. 1.832 do CC). A aquisição da fração hereditária que será deferida ao cônjuge supérstite dependerá da verificação daqueles pressupostos registrados em lei, como já mencionados, que garantirão, do ponto de vista social, a harmonia e a continuidade da vida em comum, como

forma de legitimar a presunção de que o cônjuge participou da construção do patrimônio familiar, 'seja pela cooperação direta de trabalho, seja pela participação direta de apoio, de economias, da harmonia, e até de sacrifícios',<sup>7</sup> apenas para ficarmos na enumeração expendida por Caio Mário da Silva Pereira, 'um dos maiores defensores do reconhecimento do cônjuge não só como herdeiro preferencial mas também como herdeiro necessário'<sup>8, 9</sup>

No entanto – e este é o ponto nevrálgico a ser anotado – a concretude da disposição legal não aconteceu, na prática, por uma razão surpreendentemente simples e até mesmo inexplicável: a norma não havia sido testada antes de sua publicação e vigência. Um dos mais significativos dispositivos legais que registra esta realidade é o art. 1832, que tem, por finalidade, tecer regras sobre como devem ser calculados os quinhões hereditários dos herdeiros, em caso de concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes do falecido. Diz o dispositivo:

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

Contudo, não fez o legislador a previsão de como seria o cálculo dos quinhões se a concorrência se desse com *descendência híbrida* do falecido, isto é, com descendentes comuns a ele e ao cônjuge concorrente e também com descendentes exclusivos do morto. A ausência desta regra criou toda a sorte de empecilhos para que a resposta judicial, aos casos concretos, desde 11 de janeiro de 2003 (data de início de vigência do Código Civil), acontecesse de maneira harmoniosa e comum a todos os casos. A dúvida que remanesce, diante da ausência de específica previsão legislativa para a hipótese de concorrência do cônjuge sobrevivente com descendência híbrida do falecido, diz respeito afinal ao fato de se interpretar, com correção, *se a reserva da quarta parte dos bens a inventariar deve prevalecer, ou não, a favor do cônjuge concorrente.*

Este é o quadro sucessório concorrente que é possível deixar registrado, ainda que de modo sumário, para a sucessão do *cônjuge sobrevivente.*

Contudo, se em vez do casamento, tivessem sido aquelas pessoas unidas pela união estável? Como seria a concorrência sucessória do *companheiro sobrevivente*, especialmente quando ela se desse com a descendência híbrida do *companheiro falecido*? O Código Civil dispôs a respeito da sucessão do

---

<sup>7</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 129.

<sup>8</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, p. 224.

<sup>9</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente.*, p.403.

companheiro em *locus* legislativo bem distinto do que aquele em que se encontra a regulamentação para a sucessão do cônjuge. O dispositivo legal é o do art. 1.790 do Código, artigo este que se encontra sob o Capítulo I – Disposições Gerais, do Título I – Da Sucessão em Geral. Já o art. 1.829, acerca da sucessão do cônjuge, encontra-se adiante, no Título II – Da Sucessão Legítima...

Eis o que dispõe, então, o art. 1.790, sobre a sucessão do cônjuge, com ênfase para a sua concorrência sucessória com a descendência híbrida do falecido:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – *se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho*; II – *se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles*; III – *se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança*; IV – *não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.* (grifos nossos).

O que tem sido amplamente discutido no meio acadêmico e científico, relativamente a esse dispositivo, é o fato de ele possuir mais problemas do que seria possível suportar um único preceito legal. São muitos os seus pontos nevrálgicos e são muitos os reclamos e clamores dos estudiosos, intérpretes e aplicadores do Direito na direção não apenas da falta de prumo e de substância do dispositivo, mas, sobretudo, de sua estrutura inconstitucionalmente acintosa.

Na verdade, a Constituição Federal, promulgada em 1988, determina que:

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

O que quis o legislador constitucional, parece-nos indene de dúvida, foi *equalizar* o casamento e a união estável, emparelhando cônjuges e companheiros em uma mesma linha de proteção pelo Estado, eis que tanto uma situação como outra se desenham constitucionalmente como *entidades familiares*.

Todavia, o Código Civil, ignorando o percurso corajoso do tratamento dos direitos pertinentes àqueles que preferem viver em uniões estáveis, dispôs de forma incompreensivelmente retrógrada – para não dizer preconceituosa – em relação aos companheiros, quando comparados aos cônjuges, como já tivemos oportunidade de mencionar.<sup>10</sup> Gilmar Ferreira Mendes muito bem registra esses descompassos da lei, advertindo sobre os perigos decorrentes, quando diz que:

A formulação apressada (e, não raras vezes, irrefletida) de atos normativos que acaba ocasionando as suas maiores deficiências: a incompletude, a incompatibilidade com a sistemática vigente, incongruência, inconstitucionalidade etc.<sup>11</sup>

## 2.2. O ESTADO DA ARTE NA DOUTRINA BRASILEIRA

Primeiramente, faço algumas considerações a respeito da posição da doutrina quanto à *sucessão concorrente do cônjuge sobrevivente*, das dificuldades deixadas pelo legislador, conforme antes anotado.

A doutrina nacional, desde a promulgação e vigência da Lei Civil que ora vige, tem-se debruçado sobre inúmeros métodos de interpretação para a tentativa de identificar critérios que fossem coerentes e que pudessem albergar a solução justa a ser oferecida pelas decisões de primeiro grau, ou pelas decisões de instâncias superiores, aos casos concretos.

Por meio de uma observação atenta e criteriosa da realidade judicial, os doutrinadores esboçaram certos critérios básicos que têm sido usados pelos julgadores, e que podem ser reduzidos ao número de apenas três, uma vez que quaisquer outros critérios que pudessem ser aventados não passariam, apenas, de simples variações daqueles três apontados. São estas as mais prováveis propostas de solução que se tem conhecido e aplicado, mas a verdade é que nenhuma delas – sempre é imperioso repetir – é suficiente para dar feição definitiva à partilha; ao contrário, todas as soluções que possam ser oferecidas são, invariavelmente, passíveis de contestação recursal. O que é sempre muito ruim, se o assunto é divisão de quinhões em sucessão *causa mortis*...

Resumidamente, eis as três propostas, ou os três critérios, que têm sido mostrados pela doutrina e, algumas vezes, acolhidos pelas decisões judiciais:

---

<sup>10</sup>Ver Capítulo 7 – Vocação, especialmente o item 7.5 (Sucessão de pessoa que houvesse sido unida estavelmente), com ênfase nas críticas contundentes de Zeno Veloso.

<sup>11</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. *Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas, passim*.

- Primeira proposta: deriva de critério adotado pelo intérprete ou pelo julgador que identifica os descendentes que compõem a classe híbrida de herdeiros, como se todos fossem também descendentes do cônjuge sobrevivente.

Problema efetivo a ser enfrentado, se este critério fundamentar a decisão judicial que ordenar a partilha: sobreviria prejuízo aos herdeiros descendentes exclusivos do falecido, porque teriam suas quotas diminuídas para que se pudesse compor a quota mínima a ser amealhada pelo cônjuge concorrente. Prejudicados, por certo recorreriam da decisão, sob a alegação de estarem desobrigados, pelo legislador, a observar a destinação mínima ao cônjuge viúvo que não é seu ascendente.

- Segunda proposta: deriva de critério, adotado pelo intérprete ou pelo julgador, que identifica os descendentes que compõem a classe híbrida de herdeiros, como se *todos fossem descendentes exclusivos do falecido*.

Problema efetivo a ser enfrentado, se este critério fundamentar a decisão judicial que ordenar a partilha: sobreviria prejuízo ao cônjuge viúvo que com eles concorre, pois se veria privado da garantia de amealhar minimamente a quarta parte do monte. Prejudicado, por certo recorreria da decisão, sob a alegação de ser ascendente de parte dos sucessores do falecido.

- Terceira proposta: deriva de critério que prevê a divisão do monte partível em dois submontes, um proporcionalmente correspondente ao número de descendentes comuns e outro proporcionalmente correspondente ao número de descendentes exclusivos, aplicando-se a cada um deles, e a seu turno, as regras próprias. Ao submonte dos comuns aplicar-se-ia a regra da concorrência com os descendentes comuns (resguardando-se a quarta parte a favor do cônjuge viúvo, ascendente deles); ao submonte dos exclusivos aplicar-se-ia a regra da concorrência com os descendentes exclusivos (dividindo-se em iguais porções, sem a obrigatoriedade de resguardar, minimamente, a quarta parte).

Problema efetivo a ser enfrentado, se este critério fundamentar a decisão judicial que ordenar a partilha: de alguma forma uns ou outros dos herdeiros (comuns ou exclusivos) se sentiriam prejudicados porque, ao final dos cálculos baseados neste princípio matemático da proporcionalidade, o resultado mostraria desigualdade nas quotas a serem recebidas por uns e outros dos herdeiros, o que contraria o art. 1.834 do próprio Código Civil e que também afronta ditames de natureza constitucional. E certamente todos os que se sentissem prejudicados poderiam recorrer da decisão assim prolatada...

E quotas desiguais não são admitidas no nosso sistema de direito sucessório, sequer na ambiência constitucional, que exige que todos os filhos sejam tratados de igual maneira, independentemente de sua origem. No Código Civil, o comando legal equivalente é o art. 1.834: “Os descendentes da mesma classe *têm os mesmos direitos* à sucessão de seus ascendentes”. (grifos nossos)

Como se vê, não é possível encontrar uma solução matemática que possa atender a todos os dispositivos do Código Civil, o que nos parece correr no sentido de abrir a chance de respostas judiciais as mais diversas possíveis, num oferecimento de soluções diferentes para casos iguais. O ideal seria – tanto já se disse – que o legislador ordinário corrigisse o texto em comento, e o refizesse de modo a que todas as hipóteses (incluindo, principalmente a concorrência sucessória de cônjuge sobrevivente com descendência híbrida do falecido), evitando, assim, o dissabor de *soluções e/ou interpretações* que corresse exclusivamente ao alvedrio do julgador ou do hermeneuta quando intentam terminar a incompletude legal.

Já no que diz respeito à *sucessão concorrente do companheiro sobrevivente*, registro que aquele art. 1.790 do Código Civil acarretou – não podia mesmo ter sido diferente – a crítica da doutrina que entendeu como desarrazoada tal discrepância, não havendo base para que o companheiro sobrevivente ficasse em uma situação distinta, e, às vezes, por incrível que possa parecer, até mais benéfica e vantajosa do que a do cônjuge supérstite.<sup>12</sup> A necessidade de alteração legislativa é, pois, evidente, se o escopo for o de se retornar a uma circunstância de equilíbrio, com o traçado de paridade das situações dos casados e dos companheiros, em matéria sucessória.

O conserto dependia de uma moderada intervenção; o ajuste carecia de pequena modificação. Contrariando estas expectativas, o [...] Código Civil promove [u]m recuo notável. O panorama foi alterado, radicalmente. Deu-se um grande salto para trás.<sup>13</sup>

Restou, para a reflexão doutrinária a imensa questão a respeito da constitucionalidade daquele dispositivo (1.790).

---

12Conforme VELOSO, Zeno. *Do direito sucessório dos companheiros*, p. 242.

13VELOSO, Zeno. *Do direito sucessório dos companheiros*, p. 242.

## 2.3. O ESTADO DA ARTE NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Primeiramente, faço breve anotação a respeito da posição de nosso Poder Judiciário, quanto às decisões que têm sido prolatadas para os casos de *concorrência sucessória do cônjuge* com a descendência híbrida do cônjuge sobrevivente. Infelizmente, tem-se julgado, nesses 11 anos de vigência do Código Civil, de maneira variada; o que se tem notado é a tendência enorme de partilhas amigáveis, isto é, feitas por acordo entre os herdeiros, de maneira que, nesses casos, o inventário se extinguiria sem sequenciamento de segundo grau.

Já as Cortes mais altas, acima de nossos Tribunais estaduais, não conheceram da matéria em número de vezes que fosse suficiente para a construção de solução sumulada, o que igualmente poderia resolver o assunto tão preocupante.

E assim, a posição jurisprudencial para estes casos que agora examino, é praticamente inexistente. Em face do caso concreto, o juiz julga conforme melhor pareça à sua convicção pessoal. Mas não deixo de anotar, contudo, que parece começar a emergir uma tendência jurisprudencial, neste momento, de *não se manter a reserva da quarta parte* a favor do cônjuge sobrevivente que concorre com descendência híbrida do falecido.<sup>14</sup>

Por outra parte, no que diz respeito à *concorrência sucessória do companheiro* sobrevivente com a descendência híbrida do morto, a presença significativa, nos Tribunais, é aquela que discute a respeito da *constitucionalidade* ou da *inconstitucionalidade* do art. 1.790 do Código Civil. As posições se dividem, mas acredito que no momento atual esteja acontecendo interessante movimento de nossas Câmaras julgadoras no sentido de encaminharem seus entendimentos para a *inconstitucionalidade* do dispositivo.

Tal solução, no entanto, não melhoraria muito o problema, pois a sucessão do companheiro, por analogia constitucional, passaria a ser tratada de modo equalizado à do cônjuge, com base nos arts. 1.829 e 1.830 do Código. Como já vimos, a solução exata e definitiva advinda da aplicação desses dispositivos é ainda muito insipiente...

É verdade, ao que parece e pelo levantamento jurisprudencial até aqui realizado, que o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil tem prevalecido nos julgados brasileiros, mas não há uma uniformidade de posicionamentos nem no mesmo Tribunal Estadual, nem no

---

<sup>14</sup>Assim afirma, por exemplo, TARTUCE, Flávio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: GEN/Método, 2014, p. 196-197. Este autor refere, ainda, que também preferem esta solução vários outros autores brasileiros, como por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Euclides de Oliveira, Zeno Veloso, entre outros.



Tribunal Superior. Eis uma breve demonstração, nos dois principais Tribunais de Justiça brasileiros, o do Estado de São Paulo e o do Estado do Rio de Janeiro:

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – TJSP

### *Pela inconstitucionalidade:*

- Apelação com Revisão n. 587.852.4/4. Acórdão 4131700, 9ª Câmara de Direito Privado, Jundiáí, Rel. Des. Piva Rodrigues (2009), mas com a remessa do processo para o Órgão Especial do Tribunal, para julgamento. No Estado de São Paulo, parece prevalecer a tese da inconstitucionalidade do dispositivo legal, aplicando-se, à sucessão do companheiro sobrevivente, as mesmas regras aplicáveis à sucessão do cônjuge sobrevivente, especialmente arts. 1.829, I, e 1.832, ambos do Código Civil, por ser esta a interpretação que se faz em conformidade com a Constituição Federal (art. 226). Por exemplo:
- Apelação Cível 520.626.4/3 – Acórdão 4223691, 4ª Câmara de Direito Privado, Piracicaba, Rel. Des. Teixeira Leite (2009).
- Agravo de Instrumento 0078186-86.2013.8.26.0000, Acórdão 6878634, Peruíbe, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville (2013).
- Agravo de Instrumento 994.09.283225-0, Acórdão 4391378, 1ª Câmara de Direito Privado, Bauru, Rel. Des. De Santi Ribeiro (2010).
- Agravo de Instrumento 0042701-25.2013.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, Rel. Des. Caetano Lagrasta (2013).

### *Pela constitucionalidade:*

- Agravo de Instrumento 589.196.4/4, Acórdão 3474069, 2ª Câmara de Direito Privado, Bragança Paulista, Rel. Des. Morato de Andrade (2009).
- Arguição de Inconstitucionalidade n. 0359133-51.2010.8.26.0000; Rel. Des. Cauduro Padin; Órgão Especial (2011).
- Arguição de Inconstitucionalidade 0434423-72.2010.8.26.0000, Rel. Des. Cauduro Padin, Órgão Especial (2011).

No Estado de São Paulo, então, “a *constitucionalidade* do art. 1.790 do CC já foi reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo e deve prevalecer. Em razão da cláusula constitucional de reserva e da

súmula vinculante nesse sentido, somente o Tribunal Pleno pode declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal em referência, de modo que, já decidido em sentido contrário pelo Órgão Especial do Tribunal de São Paulo, não se admite solução diferente, cumprindo ao órgão de jurisdição fracionário de segundo grau aplicar a norma declarada constitucional".<sup>15</sup> O Órgão Especial entendeu, portanto, que não há equalização constitucional entre casamento e união estável, e que o legislador ordinário teria podido, sim, estabelecer regras sucessórias diferentes para uma ou outra modalidade de entidades familiares.

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO – TJRJ

### *Pela inconstitucionalidade*

- Arguição de inconstitucionalidade 0032655-40.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Órgão Especial (2012).
- Arguição de inconstitucionalidade 0019097-98.2011.8.19.0000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, Órgão Especial (2012).

No Estado do Rio de Janeiro, portanto, o Órgão Especial entendeu pela *inconstitucionalidade* do inciso III do art. 1.790 do CC, por duas vezes, eis que houve duas arguições de inconstitucionalidade do mesmo dispositivo, em julgamentos realizados em junho e agosto do (mesmo) ano. Da primeira decisão, já foram interpostos recursos especial e extraordinário, ainda pendentes de análise de admissibilidade. O TJRJ, então, decidiu que o disposto no art. 1.790 do Código Civil correspondia a um imperdoável retrocesso aos direitos já reconhecidos à união estável, no que diz respeito às leis da década de 1990, principalmente a Lei n. 9.278/96.

No que diz respeito aos demais Tribunais estaduais brasileiros, oito que são poucos os que já vêm definindo suas posições, mas de modo ainda bastante tímido, diga-se assim. Vejamos aqueles que têm realmente alguma manifestação indicativa de posicionamento, ao menos neste momento da coleta jurisprudencial que se faz:

---

<sup>15</sup> Agravo de Instrumento n. 0225760-84.2011.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi – voto n. 9.867, 2012. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=6171159>. Acesso em: 9 jun. 2014.

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL – TJRS

Pela *inconstitucionalidade*

- Agravo de instrumento 70022652879, 8ª Câmara Cível, Bom Jesus, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz (2008).

Pela *constitucionalidade*

- Agravo de instrumento 70025169244, 8ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. Claudir Fidellis Faceenda (2008).
- Agravo de Instrumento 0268760-56.2013.8.21.700

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ – TJPR

Pela *inconstitucionalidade*

- Agravo de instrumento 536.589-9/01, Curitiba, Rel. Des. Sérgio Arenhart (2010).

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – TJMG

Pela *constitucionalidade*

- Agravo de instrumento 1.0512.06.032213-2/002, Rel. Des. Paulo César Dias, Corte Superior (2011).

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDF

Pela *constitucionalidade*

- Agravo de Instrumento 2010 002 004631 – 6, Rel. Des. Otavio Augusto, Conselho Especial (2010).
- Agravo de Instrumento 2011 00 2 012701-4, 6ª Turma Cível, Rel. Des. Maria Duarte Amarante Brito (2011).
- Recurso 2012.05.1.008499-9, Acórdão 742.035, 6ª Turma Cível, Rel. Des. Esdras Neves (2012).

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE – TJSE

Pela *inconstitucionalidade*

- Incidente de Inconstitucionalidade 2010114780, Rel. Des. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, Tribunal Pleno (2011).

Ainda são poucos os Tribunais estaduais, entre nós, que possuem julgamento pelo Órgão Especial, a respeito da *inconstitucionalidade incidental* do art. 1.790 do Código Civil. O que se encontra, nas listagens dos julgados, são decisões isoladas prolatadas em Agravos de Instrumento, quase sempre interpostos em face de decisão que, adotando um ou outro posicionamento, determinou a retificação do plano de partilha para readequação dos quinhões. Outros ainda aguardam pronunciamento do Órgão Especial.

A nossa Corte Suprema tem invalidado boa parte das decisões dos Tribunais estaduais que desatendem à Constituição Federal e praticam o controle indireto de constitucionalidade. Os Tribunais estaduais não têm observado o quórum necessário, nos julgamentos que pronunciam em incidentes de inconstitucionalidade, e declaram a constitucionalidade, ou a inconstitucionalidade, do referido art. 1790 do Código Civil, com um quórum equivalente à maioria simples, apenas. Duas estudiosas brasileiras do assunto, Caroline Said Dias e Fernanda Barbosa Pederneiras Moreno, num estudo denominado *Cenário jurisprudencial atual sobre a Inconstitucionalidade das diferenças no tratamento sucessório de cônjuges e companheiros*, prepararam uma tabela bastante didática que admite uma boa visualização a respeito do quanto se procurou demonstrar, até aqui, a respeito do estado da arte da resposta judicial que os Tribunais e as Cortes têm dado, em face dos casos concretos. Ela segue ao final deste estudo.

## TABELA CONSULTIVA

<b>Tribunal</b>	<b>Incidente de Inconstitucionalidade</b>	<b>Posição majoritária</b>
STF	Tem reclamação ainda não decidida	sem posicionamento
STJ	Ainda não decidido	pela inconstitucionalidade
TJPR	declaração de inconstitucionalidade	inconstitucionalidade
TJRS	declaração de constitucionalidade	constitucionalidade
TJSC	Ainda não decidido	inconstitucionalidade
TJSP	declaração de constitucionalidade	inconstitucionalidade
TJRJ	declaração de inconstitucionalidade	inconstitucionalidade
TJMG	declaração de constitucionalidade	inconstitucionalidade
TJES	declaração de constitucionalidade	constitucionalidade
TJDF	declaração de constitucionalidade	constitucionalidade
TJMS	não há	constitucionalidade
TJMT	não há	constitucionalidade
TJGO	não há	inconstitucionalidade
TJAL	não há	não há posicionamento
TJBA	não há	não há posicionamento
TJCE	não há	não há posicionamento
TJMA	não há	não há posicionamento
TJPE	não há	não há posicionamento
TJPB	não há	não há posicionamento
TJPA	não há	não há posicionamento
TJPI	não há	não há posicionamento
TJSE	declaração de inconstitucionalidade	inconstitucionalidade
TJRN	não há	não há posicionamento
TJTO	não há	não há posicionamento
TJAP	não há	não há posicionamento
TJRO	não há	não há posicionamento
TJRR	não há	não há posicionamento
TJAC	não há	não há posicionamento
TJAM	não há	não há posicionamento

Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_24213422](http://www.editoramagister.com/doutrina_24213422)> Acesso em: abr. 2014.

# OS ARTIGOS 1.829, I, E 1.830 DO CÓDIGO CIVIL A PARTIR DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

## UMA PERSPECTIVA FUNCIONALIZADA DO DIREITO SUCESSÓRIO

Marcelo Truzzi Otero

Mestre e Doutor pela PUC/SP. Diretor do IBDFAM. Advogado. Professor da Escola Paulista de Direito, da Fundação Padre Albino, da Unifafibe, da Atame - Cândido Mendes. Autor de livros e artigos doutrinários.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A concorrência sucessória entre cônjuges e os descendentes no STJ. 3. Artigo 1.830 do Código Civil na legalidade constitucional. 4. Conclusões. 5. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal alterou substancialmente o panorama jurídico das relações privadas, até então caracterizadas pela tutela marcante do patrimônio em detrimento dos próprios sujeitos envolvidos. A tutela da personalidade estava restrita, em visão absolutamente canhestra, à tutela do patrimônio, e não precisamente da pessoa do seu titular.

A positivação de princípios no texto constitucional, com o merecido destaque para a dignidade e para a solidariedade, valorizou a pessoa humana, obrigando o operador do direito a uma releitura de conceitos e de institutos jurídicos clássicos, como a propriedade, o contrato, a empresa, a família, realinhando-os, em escala axiológica, às diretrizes constitucionais que impõem o respeito e a valorização da pessoa humana acima de tudo.

Na síntese de Eroulths Cortiano Júnior,<sup>1</sup> “o direito brasileiro encontra na Constituição Federal de 1988 uma nova tábua valorativa, consistente na jurídica supremacia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os aspectos patrimoniais da existência”.

---

<sup>1</sup>Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-166.

Nesta mirada constitucional, em que o *ter* cedeu ao *ser*,<sup>2</sup> os institutos jurídicos tradicionais adquiriram contornos existenciais e serão merecedores de tutela jurídica somente se estiverem em perfeita harmonia com a perspectiva promocional e funcionalizada que lhes é inerente, observados o contexto inclusivo e protetivo da pessoa humana em cada caso concreto. Merecedor da tutela jurídica é o sujeito, considerado objetivamente em todas as suas particularidades, e não mais o instituto em si.

Não basta, portanto, que seja meramente lícito para ter-se como jurídico, é preciso que “o ato seja merecedor de tutela e esse juízo deve ser feito à luz dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico”,<sup>3</sup> observando que a tutela da dignidade e a solidariedade, princípios fundamentais dos quais emanam outros tantos princípios, não constituem um direito apenas, mas um dever a ser observado em todas as relações privadas.

Nada há de ilegal na desconsideração de uma norma de direito privado que contrariar aos vetores constitucionais da tutela da dignidade e da existência. Ilegal é “aplicar uma lei, em sua literalidade, para gerar uma injustiça, em confronto com os princípios constitucionais como o da solidariedade e da dignidade da pessoa humana”,<sup>4</sup> afinal, estaríamos diante de uma verdadeira subversão da hierarquia normativa, prestigiando leis ordinárias em detrimento de normas constitucionais.<sup>5</sup>

Dentro desta ótica, os institutos jurídicos marcadamente privados passaram por indispensável releitura de modo a conformá-los à ordem constitucional, sempre atenta à perspectiva funcionalizada e promocional da dignidade da pessoa humana.

Sem se apartar da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, o contrato passou a contar com um olhar mais atento e personificado dos contratantes, reconhecidamente figuras centrais, ganhando contornos mais humanos a partir do equilíbrio mais efetivo, e menos formal, entre os contratantes. Assim, o contrato foi revalorizado pelos deveres anexos de conduta<sup>6</sup> e pela própria função social que deve desempenhar.

A propriedade, ainda marcada pelo caráter individual e absoluto, também foi funcionalizada, não apenas na ótica do titular, mas também na da própria coletividade. A função social, o respeito ao meio ambiente, a positivação do abuso de direito na legislação infraconstitucional, a moradia

---

<sup>2</sup>Verifica-se a tendência do Direito Civil: “uma gradativa substituição da natureza patrimonializante das relações civis para a personalização delas ou o que muitos de nós temos chamado “repersonalização” das relações civis, um redirecionamento do *ter* para o *ser*. Primeiro o homem, depois seu patrimônio, e não o inverso, como sempre houve na codificação liberal.” (LÔBO, Paulo. In: TORRES, Faber et al. (Org.) *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio Janeiro: Campus Elsevier, 2011).

<sup>3</sup>NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 49.

<sup>4</sup>FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, nota 5, p. 19.

<sup>5</sup>Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 18.

<sup>6</sup>Cf. LÔBO, Paulo. Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis. In: DELGADO, Mario Luis Regis; ALVES, Jonas Figueiredo (Org.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 75-94.

como direito social, a possibilidade do bem de família e a ampliação, pelos tribunais, das hipóteses de impenhorabilidade<sup>7</sup> contribuem para a compreensão da propriedade como “um instrumento para a tutela de valores fundamentais e extrapatrimoniais”<sup>8</sup> do titular e das pessoas que dela se beneficiam, com um viés mais humanizado, apartado daquele individualismo exagerado que décadas atrás permitia ao proprietário fazer tudo o que lhe aprouvesse pelo simples fato de ser proprietário. Essa é justamente a função promocional do instituto.

A família não se manteve imune a essa verdadeira revolução. Diferentemente do passado, em que era protegida como ente despersonalizado e abstrato, e reconhecidamente excludente, desigual, discriminatória e excessivamente patrimonialista,<sup>9</sup> a família atual é igualitária, democrática, plural, pautada no respeito das individualidades de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida.

A exemplo do contrato e da propriedade, a família também foi funcionalizada; mais que funcionalizada, a família foi humanizada, voltou-se para seus membros, conscientizando-se de seu verdadeiro papel como instrumento executor de valores fundamentais, tornando-se o *locus* existencial *por excelência*, destinada a promover o desenvolvimento da personalidade de seus componentes,<sup>10</sup> a partir do afeto, da solidariedade e da cooperação, como se extrai da lição de Luiz Edson Fachin:<sup>11</sup>

O direito não permanece imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais e consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis então o direito ao refúgio afetivo.

---

<sup>7</sup>REsp 1.022.735-RS, STJ, 4ª T., Min. Rel. Fernando Gonçalves, j. 15.12.2009.

<sup>8</sup>NEVARES, Ana Luíza Maia. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>9</sup>A indissolubilidade do vínculo, as restrições ao divórcio livre, direto e imediato; o trato discriminatório dispensado aos filhos havidos fora das “justas núpcias”, à união estável e a própria união entre pessoas de mesmo sexo bem demonstram que os sujeitos das relações familiares ocupavam posição secundária em relação à própria família, ente despersonalizado.

<sup>10</sup>FARIAS, Christiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 6.ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, 6v., p. 48: “A família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade”. (Grifos nossos).

<sup>11</sup>*Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 306.



É sob essa ótica existencial, funcionalizada e promocional, imposta pelo texto constitucional, que analisaremos a concorrência sucessória e a canhestra legitimação sucessória dos cônjuges separados de fato estabelecidas nos artigos 1.829, I, e 1.830 do Código Civil para concluir, no caso do artigo 1.829 da Lei Adjetiva.

## 2. A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGES E OS DESCENDENTES NO STJ

A pretexto de que os cônjuges não são parentes, a legislação nacional sempre foi pródiga em sonegar direitos sucessórios ao cônjuge sobrevivente. Concorria, para tanto, a convicção equivocada de que a transmissão de patrimônio exclusivamente aos filhos representava forma segura de preservar a unidade patrimonial, mantendo o patrimônio no seio da família. Ao cônjuge somente seria assegurado direito sucessório pleno, com pagamento de direitos hereditários em propriedade, na hipótese de o falecido não deixar ascendentes ou descendentes, o que na prática apresenta-se bastante incomum.

Não tivesse patrimônio particular que lhe assegurasse subsistência, o cônjuge sobrevivente, não raro a mulher, que mantinha uma situação de dependência financeira do marido durante toda a vida, tornava-se dependente dos filhos, e até mesmo dos sogros, após a morte do parceiro, já que a lei não lhe assegurava uma participação hereditária condizente para a manutenção de um mínimo existencial.

O usufruto e o direito de habitação, instituídos com as melhores das intenções pela Lei 3.200,<sup>12</sup> revelaram-se excessivamente tímidos no cumprimento da função promocional inerente ao direito sucessório. Era, e é, preciso garantir ao cônjuge sobrevivente um patrimônio sucessório mínimo que efetivamente lhe garanta continuar vivendo com segurança e independência, inclusive relativamente aos filhos.

Os filhos vão! Formam suas próprias famílias, constituem seus próprios núcleos existenciais. O cônjuge, não! O cônjuge é o parceiro eleito, do dia e da noite, das alegrias e das desventuras, dos grandes e dos mais singulares momentos, é aquele com quem se compartilha a própria vida.

Cônjuge, na feliz expressão de Zeno Veloso,<sup>13</sup> “é mais que parente. No geral dos casos, considerando a realidade sociológica, se o vínculo conjugal

<sup>12</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do Cônjuge Viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 17: “a origem do usufruto encontra-se, pois, no direito sucessório e no direito de família, apresentando-se como um meio de garantir a subsistência pela utilização e fruição de certo bem, sem a necessidade de se transferi-lo à propriedade do beneficiário. Eis, portanto, a função originária do instituto: garantir à viúva não herdeira um padrão de vida compatível com o nível econômico que desfrutava anteriormente à morte do marido, a qual, instituindo-a usufrutuária vitalícia, evitava desfalcar o patrimônio dos filhos ou dos herdeiros instituídos”.

<sup>13</sup>*Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

e a convivência matrimonial perseveraram até que a morte dissolveu aquele estado de comunhão espiritual, de afetos e de vida, que familiar é mais próximo daquele que faleceu do que a viúva ou o viúvo que sobreviveu?”.

Razoável, portanto, e, sobretudo, conforme a legalidade constitucional, que a legislação civil volte os olhos para a pessoa que *até o fim da vida do autor da herança* compartilhou de um projeto existencial, tornando-o merecedor de uma tutela jurídica qualificada.<sup>14</sup>

Ressalte-se que o Código Civil deu esse merecido destaque ao cônjuge sobrevivente, conferindo-lhe maior e mais efetiva proteção sucessória. O cônjuge foi qualificado como herdeiro necessário, e não mais facultativo como ocorria na legislação anterior. Foi-lhe assegurado direito de habitação do imóvel que servia de moradia ao casal, independentemente da participação na herança e do regime de bens do casamento,<sup>15</sup> aniquilando as condicionantes da legislação revogada.<sup>16</sup>

Manteve-se o direito de acrescer na doação feita ao casal.<sup>17</sup> Legislação específica manteve o tratamento privilegiado na sucessão do cônjuge estrangeiro, assegurando ao cônjuge optar pela lei mais benéfica relativamente aos bens situados no país.<sup>18</sup>

A invocação mais significativa do Código Civil deu-se na ordem da vocação hereditária, onde foi assegurar ao cônjuge sobrevivente *concorrência sucessória* com descendentes e ascendentes, com participação hereditária em propriedade, e não mais em usufruto como fazia a legislação revogada,<sup>19</sup> sem prejuízo do recolhimento de todo o acervo hereditário na hipótese de o falecido decair sem deixar descendentes ou ascendentes.

Particularmente no que respeita a concorrência sucessória do cônjuge com descendentes, a doutrina amplamente majoritária<sup>20</sup> posicionou-se no

---

<sup>14</sup>As mesmas considerações são extensivas aos companheiros; merecedores de idêntica tutela sucessória.

<sup>15</sup>CC/02, Art. 1.830: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.”

<sup>16</sup>CC/16, Art. 1.611, § 2º: “Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal de bens, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.”

<sup>17</sup>CC/02, Art. 551, parágrafo único: “Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente”.

<sup>18</sup>Lei 4.657, de 1942, Art. 10, § 1º: “A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável à lei pessoal do *de cuius*.”

<sup>19</sup>CC/02, Art. 1.611, § 1º: “O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*”.

<sup>20</sup>VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170; LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Alguns Aspectos da Ordem da Vocação Hereditária no Novo Código Civil. In: NANNI, Ettore (Coord.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 676; Pereira Rodrigo da Cunha, Rolí Madaleno, Euclides de Oliveira, Mário Luiz Delgado, citados por CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002 – acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2. p. 329.

sentido de que a participação sucessória do cônjuge sobrevivente se dá sobre os bens particulares deixados pelo falecido,<sup>21</sup> ou seja, sobre bens que o cônjuge não tem direito à meação, em clara expressão de garantia existencial do cônjuge sobrevivente.<sup>22</sup>

Fique claro que o propósito do artigo 1.829, I, do Código Civil, foi atribuir tutela protetiva ao cônjuge sobrevivente, outorgando-lhe participação hereditária sobre os bens particulares, com o propósito de evitar o desamparo do cônjuge sobrevivente após a morte do parceiro. Essa parcela do patrimônio particular do falecido atuaria como garantia de um mínimo existencial do cônjuge sobrevivente.

Basta ver que em todos os regimes de bens em que o cônjuge tem a meação de todo o patrimônio (comunhão universal e comunhão parcial sem bens particulares), o legislador categoricamente o afastou da concorrência sucessória com os descendentes, partindo do pressuposto que, tendo a titularidade de metade de todo o patrimônio do falecido, a meação do sobrevivente cumpre, *teoricamente*, a função tutelar que os bens particulares tendem a assegurar.

Portanto, com exceção ao regime da separação obrigatória de bens onde há desarrazoada uma sanção civil, em todos os demais regimes de bens em que o cônjuge não seja meeiro de todo o patrimônio, ele será herdeiro, com participação nos bens sobre os quais não incide a sua meação, ou seja, sobre os bens próprios ou particulares.

Ocorre que em dois precedentes relativamente recentes, o Superior Tribunal de Justiça, confundindo conceitos jurídicos distintos (meação e sucessão), distanciou-se da literalidade do artigo 1.829, I, do Código Civil, apartou-se *mens legislatoris*, afastou-se da doutrina majoritária e, principalmente, desconsiderou a perspectiva funcionalizada do Direito Sucessório contemporâneo.

No Recurso Especial nº 992.749-MS, relatado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, entendeu-se que “não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte”, suprimindo, assim e integralmente, o direito sucessório

---

<sup>21</sup>Enunciado 270, das III Jornadas de Direito Civil: “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 possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”

<sup>22</sup>LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Op. cit.*, p. 676: “Pode-se afirmar, em linha geral, que o que procurou o legislador foi conferir ao cônjuge sobrevivente a posição de herdeiro concorrente com a primeira classe, no que se refere aos bens próprios, ou particulares do falecido, vale dizer, aqueles em que o viúvo não figura como meeiro, com o objeto de garantia de seu bem-estar. Pode-se traçar o princípio de que, quanto mais garantido estiver o cônjuge pelo regime de bens do casamento, menor será a sua participação na herança. Essa, aliás, a lição de Miguel Reale, para quem quando o regime legal de bens do casamento era o da comunhão universal, tendo o cônjuge já metade do patrimônio, ficava excluída a ideia de herança. Alterado o regime legal de bens do casamento, a questão mudou de figura, havendo necessidade da criação de mecanismos, no direito sucessório, de garantia do sobrevivente, mediante a inovação do sistema de classes concorrentes.”

do cônjuge sobrevivente.

Segundo a eminente Ministra, declaradamente sensibilizada pela particularidade do caso levado a julgamento – em que senhor de mais de cinquenta anos de idade e com patrimônio já formado casara-se dez meses antes com mulher trinta anos mais jovem quando já acometido de doença incapacitante –, “o fenômeno sucessório traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”, razão pela qual a morte não pode alterar o regramento matrimonial conscientemente contratado em vida.

Exceção à genérica colocação de que o cônjuge falecido já contava com idade avançada e adoentado, o acórdão não dedica uma única linha à análise da situação pessoal do cônjuge sobrevivente ou dos vínculos consolidados entre ele e o falecido durante a vida em comum; não atenta para o trato mantido entre marido e mulher durante o matrimônio extinto prematuramente pela morte de um deles, como exige a vertente humanizada e personalista do Direito Sucessório contemporâneo.

Infere-se, nas entrelinhas do v. acórdão, uma preocupação maior com a preservação do patrimônio para os filhos, com o mesmo viés patrimonialista característico do Direito Sucessório do século passado, esquecendo-se de que o patrimônio foi construído e edificado pelo falecido e que a ele pertence, devendo ser transferido àquelas pessoas caras sentimentalmente a ele, falecido; e não aos filhos.

Não é só nosso legislador que “não crê na sinceridade dos amores crepusculares, desconfia da veracidade das paixões tardias, duvida da autenticidade dos ardores vespertinos, suspeita da honestidade de quem se relaciona afetivamente com pessoa de idade avançada”.<sup>23</sup>

Quem pode afirmar categoricamente que o falecido, ao optar pelo casamento pelo regime da separação convencional de bens, não o fez, justamente, para assegurar à jovem esposa parcela de seu patrimônio, dotando-a de patrimônio particular que lhe assegurasse uma existência digna?

Pressupondo-se que a ninguém é dado ignorar lei, o falecido tinha consciência que aquele regime de bens contratado asseguraria à sua esposa parcela de seu patrimônio particular e, mesmo assim, optou conscientemente pelo casamento em regime de separação convencional de bens. Quisesse afastar a parceira de seu patrimônio particular, bastava ter optado pela união estável, já que neste modelo de entidade familiar o companheiro sobrevivente concorre hereditariamente apenas nos bens adquiridos onerosamente durante o casamento.

Não o fez, optando, insista-se, de forma espontânea e consciente, por casar pelo regime da separação convencional de bens; aquele que defere

---

<sup>23</sup>VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

tutela protetiva ao cônjuge sobrevivente, mas que foi solapada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Já no Recurso Especial nº 1.377.084-MG, também relatado pela Ministra Nancy Andri ghi, a mesma linha de raciocínio do acórdão anterior foi adotada para suprimir, no casamento pela comunhão parcial de bens, a participação sucessória do cônjuge sobrevivente sobre os bens particulares do falecido, assegurando-lhe concorrência sucessória tão somente sobre a meação deixada pelo falecido.

Como razão de decidir, a eminente Relatora obtemperou que:

se o desejo do legislador foi o de evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amalhados durante toda a vida conjugal. [É] mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador [...] permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou – seja não por elege do regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial – por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão.

Embora represente um primeiro passo no reconhecimento de que o Direito Sucessório merece uma reanálise a partir de uma perspectiva existencial dos interessados, os fundamentos jurídicos da decisão, *além de contrários ao artigo 1.829, I, do Código Civil*, são casuísticos. Basta imaginar um casamento pelo regime da comunhão parcial de bens *sem bens comuns*, apenas *com bens particulares*, para constatar que o cônjuge, aplicado o entendimento do acórdão em questão, nada receberá hereditariamente, frustrando, assim, toda a tutela legal sucessória do cônjuge sobrevivente estabelecida pelo Código Civil.

Mesmo que o patrimônio comum seja superior aos bens particulares de cada cônjuge, o deferimento da tutela sucessória sobre os bens particulares do falecido, e não sobre a meação dele, é a solução que empresta maior efetividade ao espírito da lei e ao perfil funcionalizado do Direito Sucessório de evitar que “um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro”, como reconhecido pela própria decisão. De fato, se a meação no patrimônio comum for superior ao patrimônio particular do falecido, como ventilado no acórdão, o desamparo do sobrevivente já terá sido evitado com a própria meação.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup>Sem prejuízo deste ponto de vista, fica para reflexão posição interessante adotada nos autos REsp 97.241-DF que, em interpretação teleológica do art. 1.829, I, do Código Civil, concluiu que a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes sobre os bens comuns ou particulares somente terá lugar quando inexistir meação

A razão, talvez, esteja na harmonização de todos os interesses envolvidos sem perder de vista o caráter protecionista conferido pela legislação ao cônjuge sobrevivente e a imperiosidade de assegurar-lhe, por direito sucessório, o mínimo existencial, como fez o próprio Superior Tribunal de Justiça, especificamente no Recurso Especial nº 974.241-DF, relatado pelo Ministro Convocado Honildo Amaral de Mello Castro, ocasião em que, conferindo uma interpretação construtiva e teleológica do artigo 1.829, I, do Código Civil, concluiu que a concorrência sucessória sobre os bens particulares somente terá lugar quando inexista meação capaz de assegurar o bem estar, a segurança e a independência do cônjuge sobrevivente.

Semelhante posicionamento tem a vantagem de conformar-se à finalidade e ao perfil promocional do artigo 1.829, I, do Código Civil, com a vantagem de possibilitar, dentre esta interpretação construtiva, assegurar tutela sucessória ao cônjuge sobrevivente em regimes de bens em que, teoricamente, não haja previsão de concorrência sucessória, como é o caso da comunhão universal, mas que na hipótese prática não exista meação, e sim apenas bens particulares.

Poder-se-ia objetar que semelhante posicionamento faz distinção onde a lei não distinguiu, ou que ele abre um flanco enorme para interpretações subjetivas. Idêntica crítica foi endereçada ao Código Civil, permeado de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, fator de inicial insegurança para os operadores do direito que ponderavam para o enorme poder conferido aos aplicadores do direito. Passados dez anos de vigência do Código Civil, a jurisprudência construída a partir dos critérios teleológicos e sistemáticos não poderia ser mais positiva. Que se construa, então, um regramento sucessório humanizado e funcionalizado, atento à finalidade e ao sentido teleológico da lei!

### 3. ARTIGO 1.830 DO CÓDIGO CIVIL NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

Embora clara a intenção do legislador de conferir ao cônjuge uma tutela sucessória qualificada, o Código Civil, como toda a legislação infraconstitucional, deve ser interpretado à luz da legalidade constitucional, sob pena de subversão hermenêutica e quebra da unidade sistemática. Nessa perspectiva, o Direito Sucessório socorre-se do Direito de Família para, em execução do dever de solidariedade entre pessoas próximas, indicar aquelas que serão chamadas à sucessão.

Pressupondo que a família *constitucionalizada* é compreensível

---

capaz de assegurar o bem estar e a independência do cônjuge sobrevivente: “É excepcional a concorrência entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão parcial de bens com o *de cuius*, prevista na parte final do artigo 1.829, inciso I, do CC/02. Subsiste a concorrência, e tão-somente nestas hipóteses, se inexistentes bens comuns ou herança a partilhar, e o falecido deixar apenas bens particulares, tendo em vista o caráter protecionista da norma que visa não desamparar o sobrevivente nessas situações excepcionais”.

como espaço de realização pessoal afetiva fundada na “solidariedade, na cooperação, e no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida”,<sup>25</sup> não é concebível que a legislação infraconstitucional atrele a qualidade de herdeiro do cônjuge à simples existência de vínculo matrimonial desvinculada daqueles atributos próprios e indissociáveis das relações familiares, ou, tão grave quanto, que condicione a legitimação sucessória do cônjuge sobrevivente separado de fato à culpa ou à inocência do falecido, como faz o artigo 1.830 do Código Civil,<sup>26</sup>

Como bem observado por Pietro Pierlingieri:<sup>27</sup>

o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações familiares de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida.

O que empresta suporte fático e jurídico à legitimação sucessória entre cônjuges é o elo espiritual e afetivo que os une, ou a persistência, ao tempo da morte, de um projeto conjugal substitutivo do afeto e da unidade espiritual, quando ausentes o vínculo espiritual e afetivo.<sup>28</sup>

Entre casais separados de fato inexistente esse elo espiritual e afetivo, como também não existe projeto conjugal comum que lhes confira legitimidade para reclamarem a condição de herdeiros reciprocamente. Se não há mais afeto, inexistente solidariedade e cooperação recíproca, ausente um projeto parental comum, não há mais casamento, tanto no plano dos fatos, quanto no dos sentimentos, subsistindo apenas uma reminiscência cartorial que se mostra imprestável a produzir efeitos patrimoniais, como já observava Mario Aguiar Moura<sup>29</sup> em antiga lição:

Esse hiato entre casamento e sociedade conjugal (caracterizada pela presença de afeição ou projetos comuns) é tido pela doutrina<sup>30</sup> e pela

---

<sup>25</sup>LÓBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

<sup>26</sup>CC, “Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

<sup>27</sup>*Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 244.

<sup>28</sup>É o caso de casais que, em nome dos filhos, mantêm um casamento despido de afeto. Embora inexistente, interesses comuns os mantêm vinculados, persistindo, pois, um projeto conjugal ao tempo da morte que lhes legitima a herança.

<sup>29</sup>*Divórcio: questões controvertidas*. Canoas: Vendramim, [s.d], p. 207.

<sup>30</sup>CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 9.ed. São Paulo: RT, p. 816-817; ALVIM, Tereza Celina de Arruda. Entidade Familiar e Casamento Formal: Aspectos Patrimoniais. *Revista de Processo*, RT, v. 70, p. 170.

jurisprudência<sup>31</sup> como suficiente para a cessação de regime de bens, como se constata no ilustrativo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo eminente Desembargador Alves Braga, estando em vigor o Código Civil de 1916, quando o regime de bens então se caracterizava pela imutabilidade:

se o decurso do tempo gerou para os cônjuges o direito de postular a ruptura do vínculo conjugal, de fato desfeito pela longa separação e manifesta impossibilidade de reconciliação, não se há que falar em comunhão de bens onde tudo se rompeu: dever de fidelidade, *affectio maritalis*, vida em comum, respeito mútuo, criação da prole. O regime de bens é imutável sim. Mas se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao direito e à moral reconhecer a comunhão apenas de bens e atribuir a metade desse bem a outro cônjuge.<sup>32</sup>

Paradoxalmente, os mesmos fundamentos éticos e jurídicos que se mostram suficientes para afastar os efeitos patrimoniais do regime de bens após separação fática do casal, impedindo a comunicação de patrimônio adquirido durante o período da separação fática, incompreensivelmente não sensibilizou o codificador de 2002 no trato do Direito Sucessório. Em clara inversão hermenêutica, o Código Civil disciplinou o direito sucessório do cônjuge sobrevivente de modo isolado, apartado, sem conexão com o Direito de Família, fonte inspiradora da própria ordem da vocação hereditária, como se isto fosse possível.

Enquanto o livro IV do Código Civil, dedicado ao Direito de Família, valorizou o elemento existencial do casamento,<sup>33</sup> mitigou a culpa,<sup>34</sup> enfatizou o trato e o afeto nas relações de parentesco<sup>35</sup>, o livro seguinte, que trata do Direito das Sucessões, cerrou os olhos para estes avanços ao permitir, na literalidade do artigo 1.830 do Código Civil, que o cônjuge separado de fato concorra à herança, inclusive nas sucessões abertas após dois anos da separação fática, bastando, nesta hipótese, demonstrar que “não deu causa à separação”.

Não há razoabilidade ou sentido lógico para a diversidade de tratamento da matéria que, como pano de fundo, deita suas raízes no afeto e na solidariedade, inexistentes entre pessoas separadas de fato. O

<sup>31</sup>REsp 10.278/SP, REsp 60.80-RJ; REsp 555.771-SP; REsp 226.288, Ap. Cível 243.265, TJSP, Rel. Des. Pereira da Silva, Ap. Cível 249.925-1/5, TJSP, Rel. Mattos Faria; Ap. Cível 262.752-1/7, TJSP, Rel. Des. Ermani de Paiva.

<sup>32</sup>Apelação Cível 94.780-1, TJSP, Rel. Des. Alves Braga, j. 3.10.1988, *RJTJSP* 114/102.

<sup>33</sup>CC, Art. 1.511. “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

<sup>34</sup>CC, 1.704. Parágrafo único. “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.

<sup>35</sup>CC, Art. 1.593. “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou *outra origem*”.



Direito de Família orienta e instrumentaliza o Direito Sucessório de modo que, ausente elemento ético e jurídico para a comunicação de bem após a separação de fato do casal, ausente também estará o mesmo elemento ético e jurídico indispensável à legitimação sucessória, como atenta Ana Luiza Maia Nevares:<sup>36</sup>

modificado o conceito de família, introduz-se o princípio que põe a *ratio*, o fundamento básico, do matrimônio e da vida conjugal na afeição dos cônjuges e “na necessidade de que perdure completa comunhão” entre os mesmos. [...] Na medida em que se concebe hoje a família como o *locus* onde se busca a felicidade e a paz, sendo um refúgio dos seres humanos, diversa conclusão não seria pertinente.

Assim, a separação de fato demonstra que cessou o pressuposto do casamento, qual seja, o afeto entre cônjuges. Não há mais comunhão de vida e de espíritos, sendo afastada, portanto, a razão da sucessão hereditária do cônjuge supérstite.

Não será preciso, portanto, aguardar dois longos anos de separação de fato, como cogitou respeitável corrente,<sup>37</sup> para o padecimento do direito sucessório do cônjuge sobrevivente,<sup>38</sup> como também não terão lugar discussões sobre a responsabilidade pela separação após aquele prazo bienal referido no artigo 1.830 do Código Civil que, ressalta-se, destoa inclusive da sistemática imposta pela Emenda Constitucional 66, responsável pela extirpação definitiva de prazos, de requisitos e de responsabilidades no divórcio.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup>A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 85-86.

<sup>37</sup>VELOSO, Zeno. Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Síntese, v. 17, p. 142-148; CAHALI, Francisco José. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 222; DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004, p. 196; PAULINO JUNIOR, Roberto. *O Divórcio atual e sua repercussão no direito das sucessões*. Disponível em: <http://bit.ly/1pkIK83>, p. 8. No mesmo sentido, Ap. Cível 0210833-63.2009.8.269.0007, TJSP, Rel. Des. Salles Rossi, j. 26.07.2012, vu.

<sup>38</sup>MADALENO, Rolf. O Novo Direito Sucessório Brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 291, jan. 2002, p. 42: “Se a ausência de voluntária coabitação é capaz de desfigurar a noção superada de comunicação dos bens conjugais, estando pacificada a compreensão de que só mesmo a convivência conjugal numa habitação copartida é que justifica e autoriza a repartição dos bens, não faz mais qualquer sentido seguir manipulando injustas ilusões de postergar na ficção do tempo o que os cônjuges já encerraram no plano de suas relações. Corpos e espíritos separados não podem gerar comunicação patrimonial fundada apenas no registro meramente cartorial do casamento. Mola-mestra da comunicação dos bens é a convivência conjugal, sendo que a simples separação de fato desativa o regime matrimonial. Portanto, não faz sentido que o novo Código Civil reclame ainda dois longos anos de fátual separação (Art. 1.830 do novo Código Civil), para só depois deste lapso de tempo afastar da sucessão o cônjuge sobrevivente. Ora, se não sobreviveu o casamento no plano fático, não há nexos em estendê-lo por dois no plano jurídico, apenas porque não foi tomada a iniciativa da separação ou do divórcio”.

<sup>39</sup>Pensamos que a ordem constitucional imposta pelo constituinte de 1988 já autorizava, em respeito à pessoa humana e a valores existenciais, a concessão do divórcio direto ainda que não implementado o prazo bienal do § 6º, do artigo 226º da CF/88, em sua redação original, antes da modificação introduzida pela Emenda Constitucional 66, de 2010, afinal, ninguém pode ser obrigado a permanecer casado ou vinculado ao matrimônio. A Emenda Constitucional apenas tornou indubitosa a questão.

Como bem observado por Rolf Madaleno:<sup>40</sup>

Não mais pode interessar ao direito, como em retrocesso faz o artigo 1.830 do novo Código Civil, tentar demonstrar que o sobrevivente não foi culpado pela separação de fato. Importa o fato da separação, e não a sua causa, pois a autoria culposa não refaz os vínculos e nem restaura a coabitação, mote exclusivo da hígida comunicação de bens. A prova judicial de o cônjuge sobrevivente haver sido inocentemente abandonado pelo autor da herança ou sair pesquisando qualquer causa subjetiva da separação fatural, para caçar culpa de uma decisão unilateral é, mais uma vez, andar na contramão do direito familista brasileiro, que, desde a Lei do Divórcio de 1977, já havia vencido estes ranços culturais.

A ausência da comunhão de vida, atestada pela ruptura da vida em comum com ânimo definitivo, é suficiente para afastar o direito sucessório do cônjuge separado de fato, independentemente de prazos, ou da expiação de culpas. É chegada a hora de protagonizarmos no Direito Sucessório as mesmas evolução e revolução verificadas em todos os demais ramos do direito privado, em especial nas relações familiares.

Sem reduzir a importância do conteúdo patrimonial inerente ao Direito Sucessório, é preciso vê-lo e interpretá-lo com outros olhos, com olhos mais humanos, dentro de uma perspectiva existencial que valorize a pessoa do herdeiro e os vínculos efetivamente mantidos entre ele e o falecido, de modo que o patrimônio outorgado hereditariamente lhe assegure existência digna e inserção social, inegável tradução de solidariedade, de cooperação e da eticidade impostas às pessoas próximas.<sup>41</sup>

Na oportuna observação de Gustavo Tepedino,<sup>42</sup> “o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, com a Constituição da República”, exigindo dos operadores do direito “um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando-lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional”.

---

<sup>40</sup>O novo direito sucessório. In: *Direito Sucessório em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 119.

<sup>41</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 29, p. 11, abr./maio 2005: A concorrência sucessória “propicia a concretização dos princípios da eticidade (sob o prisma da dignidade da pessoa humana daqueles que, autenticamente, mantiveram relações familiares com o falecido até o fim da existência deste); da socialidade (levando em conta o solidarismo social que enfeixa todas as relações jurídicas do sistema jurídico); e da operabilidade (diante da indispensabilidade de as normas jurídicas se tornarem mais próximas da realidade social, sem o distanciamento que tradicionalmente se verificou, especialmente sob a égide do Código Civil de 1916).”

<sup>42</sup>Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *A parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XV.

Dentro deste espírito concluímos que o artigo 1.830 do Código Civil não pode ser lido em sua literalidade, como fez o Tribunal de Justiça de São Paulo.<sup>43</sup> Para conformá-lo à legalidade constitucional e emprestar-lhe interpretação harmônica e sistemática, é imperioso suprimir prazos e causas do dispositivo, *reconhecendo Direito Sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato*. Nada além.

## 4. CONCLUSÕES

A influência exercida pela Constituição Federal nas relações privadas ainda não foi totalmente compreendida e aplicada nas relações sucessórias. Enquanto o contrato, a propriedade, a empresa e a família foram *repersonalizados* a partir de um *viés existencial*, o fenômeno sucessório ainda resiste, como se fosse possível trilhar outro caminho.

A tutela sucessória deve necessariamente ser compreendida em todas as suas perspectivas existenciais e funcionalizadas, distribuindo patrimônio àquelas pessoas importantes e representativas ao autor da herança, e, dentre elas, inegavelmente o cônjuge ocupa posição de destaque.

Por maior e mais incondicional que seja o amor nutrido pelos pais, os filhos seguirão sua sorte e formarão seus próprios núcleos familiares. O cônjuge é o único parceiro fixo de um projeto existencial livre e conscientemente aceito. Razoável, portanto, que lhe seja deferida uma tutela sucessória adequada, assegurando-lhe parcela do patrimônio particular do falecido, sempre que não lhe for assegurado patrimônio comum suficiente que lhe assegure uma vida digna semelhantemente aquela experimentada até o falecimento do outro. O regime de bens atuará, na forma do artigo 1.829, I, do Código Civil, como um critério norteador do Direito Sucessório, mas não será ele, regime de bens, que determinará isoladamente o deferimento de sucessão ao cônjuge sobrevivente, merecedor de tutela sucessória se, convivendo com o falecido ao tempo da sua morte, o patrimônio em comum não lhe assegurar patrimônio mínimo capaz de viver com dignidade.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Tereza Celina de Arruda. Decisão proferida incidentalmente em inventário – meação de patrimônio adquirido por um dos cônjuges durante a separação de fato. *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, v. 70, , p. 166-174, abr./junho 1993.

---

<sup>43</sup>Ap. Cível 543.700-4/0-00, TJSP, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 03.02.2009.

CAHALI, Francisco José. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002 – acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAHALI, Yusef Said. *Divórcio e Separação*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORTINANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-166.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Elementos críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 29, p. 11-25, abr./maio 2005.

LÔBO, Paulo. O princípio da igualdade e o novo Código Civil. In: TORRES, Faber et al. (Org.) *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio Janeiro: Campus Elsevier, 2011.

\_\_\_\_\_. Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Civis. In: DELGADO, Mario Luis Regis; ALVES, Jonas Figueiredo (Org.). *Novo Código Civil: Questões Controvertidas*. São Paulo: Método, 2005, v. 4, p. 75-94.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Alguns Aspectos da Ordem da Vocação Hereditária no Novo Código Civil. In: NANNI, Ettore (Coord.). *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 676-717.

MADALENO, Rolf. O Novo Direito Sucessório Brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 291, p. 35-44 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. O novo Direito Sucessório. In: *Direito Sucessório em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MOURA, Mário de Aguiar. *Divórcio: questões controvertidas*. Canoas: Livraria e Editora Vendramim, 1985.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do Direito Sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PAULINO JUNIOR, Roberto. O Divórcio atual e sua repercussão no direito das sucessões. Disponível em: <http://bit.ly/1pkIK83>. Acesso em: 20 jun. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Usufruto legal do Cônjuge Viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Síntese, v. 17, p. 142-148, abr/maio 2003.

# A SUSTENTABILIDADE SOB A ÓTICA DO CUIDADO: OS DESAFIOS PARA A SUSTENTABILIDADE DA PESSOA IDOSA<sup>1</sup>

Tânia da Silva Pereira

Advogada especializada em Direito de Família, Infância e Juventude. Mestre em Direito Privado pela UFRJ, com equivalência em Mestrado em Ciências Civilísticas pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professora de Direito aposentada da PUC/Rio e da UERJ. Diretora Nacional da Comissão do Idoso do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Membro da Comissão de Família da OAB/RJ.

Livia Teixeira Leal

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Aluna da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Associada do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família).

**Resumo:** A ideia de *sustentabilidade*, ao transbordar o aspecto econômico para permear os diversos aspectos da vida humana, encontra no *cuidado* o instrumento necessário para viabilizar a conscientização do indivíduo acerca de seu papel no meio social e acerca da necessidade do encontro e respeito com o outro. É com base no reconhecimento da importância dos mais velhos que se mantêm vivos valores e conhecimentos capazes de promover um desenvolvimento sustentável, proporcionando um convívio sadio e harmônico. Um envelhecimento sustentável é um direito que se impõe e se aplica a todos, na medida em que somente por meio do respeito ao passado é que se pode garantir um futuro melhor a todos, já que o envelhecimento é um processo natural da vida humana.

**Palavras-chave:** Envelhecimento. Sustentabilidade. Cuidado.

**Sumário:** 1. A sustentabilidade sob a ótica do cuidado. 2. Os caminhos para um envelhecimento sustentável. 3. Os desafios para a sustentabilidade da pessoa idosa. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

<sup>1</sup>Este artigo decorre da pesquisa realizada no período 2012/2013, no desenvolvimento do *Projeto Cuidado*, que resultou no texto “A sustentabilidade do idoso: as conquistas e desafios para um envelhecimento sustentável”, escrito pelas mesmas autoras, o qual compôs a obra coletiva editada pela Atlas, intitulada *Cuidado e Sustentabilidade*, sob a coordenação de Tânia da Silva Pereira (Brasil), Guilherme de Oliveira (Portugal) e Alda Marina de Campos Melo (Brasil).

## 1. A SUSTENTABILIDADE SOB A ÓTICA DO CUIDADO

A noção de *desenvolvimento* associada à ideia de *sustentabilidade* começou a ser desenvolvida em meados da década de 1980. Com a criação da *Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento* no Encontro de Nairóbi (Quênia), em 1982, e com a publicação do *Relatório Nosso Futuro Comum (Relatório Brundtland)*, em 1987, foi possível chegar a uma definição de desenvolvimento sustentável, compreendido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades”.<sup>2</sup>

A Constituição Federal de 1988, inspirada nessas novas ideias, incorporou outras questões relativas à proteção ambiental e ao desenvolvimento sustentável, tais como: a *justiça social*, a *solidariedade*, a *erradicação da pobreza*, a *redução das desigualdades sociais* e a *igualdade de gênero e raça*.<sup>3</sup> Assim, o *caput* do art. 225 da Carta Magna determina como direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Partindo dessa nova concepção, a sustentabilidade passou a ser elevada a direito fundamental, propagando-se como parâmetro para a interpretação de outras normas jurídicas. Sob a ótica da dignidade da pessoa humana como macroprincípio e como valor máximo do ordenamento jurídico, a ideia de desenvolvimento sustentável busca a proteção do próprio indivíduo em sua plenitude, revelando uma preocupação constante com as gerações presentes e futuras. Neste sentido, a análise da sustentabilidade do desenvolvimento humano não se restringe ao aspecto econômico, envolvendo fatores sociais, culturais e até mesmo existenciais, permeando os diversos aspectos da vida humana.

Dessa forma, o art. 1º da Constituição Federal de 1988 prevê como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana, tendo, ainda, como objetivos fundamentais a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária*, e a *promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação*, nos termos do art. 3º.

De acordo com Jeferson Nogueira Fagundes, o desenvolvimento sustentável “é um direito fundamental e essencial ao homem para a melhoria da qualidade de vida das pessoas nos dias de hoje e pela manutenção dos direitos envolvidos para as futuras gerações”.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup>KRONENBERGER, Denise. *Desenvolvimento local sustentável: uma abordagem prática*. São Paulo: Editora Senac, 2011,, p. 21

<sup>3</sup>KRONENBERGER, Denise. *Desenvolvimento local sustentável: uma abordagem prática*. São Paulo: Editora Senac, 2011, p. 21.

<sup>4</sup>FAGUNDES, Jeferson Nogueira Fagundes. O Direito Fundamental ao Desenvolvimento Sustentável. *Revista de Direito Ambiental*. n. 50, 2008.

Leonardo Boff destaca que nenhuma sociedade vive sem uma ética, e o homem, como um ser social, precisa “elaborar certos consensos, coibir certas ações e criar projetos coletivos que dão sentido e rumo à história”. Para o autor, atualmente, sobretudo em virtude da globalização, há o encontro de muitos projetos éticos que não são compatíveis entre si, havendo a necessidade cada vez mais urgente de um patamar ético mínimo que possa ganhar o consentimento de todos e assim viabilizar a convivência dos povos.

Boff apresenta, entre os modelos de fonte de ética, a religião, a razão, o desejo e, por fim, o cuidado, fundado na razão sensível e na responsabilidade. O cuidado estaria, assim, ligado essencialmente à vida, pois esta não persistiria sem aquele. Para o autor, a ética do cuidado protege, potencia, preserva, cura e previne, e é, hoje, imperativa, pois se tem demandado cuidado e responsabilidade. A ética do cuidado não invalidaria as demais éticas, mas as obrigaria a servir à causa maior que é a salvaguarda da existência humana e a preservação do planeta.<sup>1</sup>

É, sobretudo, neste aspecto que sustentabilidade e cuidado se encontram. A sustentabilidade da vida é viabilizada pelo cuidado, pelo olhar diferenciado ao outro e a si mesmo, buscando a conciliação de interesses em prol da coexistência harmônica dos indivíduos.

Para Luiz Antônio Gaulia, “o desenvolvimento sustentável deve partir de uma consciência básica que é o cuidado, enquanto sinônimo de um profundo respeito à diversidade, à tolerância e à dignidade humana e o respeito aos seres vivos, ao ambiente e às gerações que ainda estão por nascer, além dos nossos netos e bisnetos”.<sup>2</sup>

Para Boff, cuidar é mais do que um ato; é uma atitude, entrando na natureza e na constituição do ser humano. É um modo-de-ser essencial.<sup>3</sup>

Mais do que um dever moral, o dever de cuidado tem sido reconhecido pelos tribunais brasileiros como valor jurídico, consubstanciado pela máxima “amar é faculdade, cuidado é dever”, destacada pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242/SP.<sup>4</sup>

Somente a partir da conscientização do indivíduo acerca da relevância de seu papel na sociedade e, sobretudo, no seio familiar, no qual vão se desenvolver os principais aspectos da vida humana, é que se pode pensar em um mundo mais equilibrado e mais justo para todos.

Neste sentido, destaca-se o papel dos mais velhos, responsáveis por orientar os mais novos e transmitir valores e experiências. O cuidado com o

---

<sup>1</sup>BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: <http://www.leonardoboff.com/site/lboff.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.

<sup>2</sup>GAULIA, Luiz Antônio. Descuido e descaso. A insustentável incoerência do ser. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; MELO, Alda Marina de Campos. *Cuidado e sustentabilidade*. São Paulo: Atlas 2014, p. 221.

<sup>3</sup>BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 31-33.

<sup>4</sup>STJ, 3ª Turma, Resp nº 1.159.242 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg.: 24.04.2012.



idoso deve se manifestar na sociedade, iniciando-se na família a valorização de seu papel por meio do fortalecimento dos vínculos com os avós.

É por meio do reconhecimento da importância dos mais velhos nas diversas esferas da sociedade, do cuidado e respeito recíproco que se pode desassociar a imagem do idoso à de um ser doente, assegurando seu espaço na sociedade com liberdade e dignidade.

## 2. OS CAMINHOS PARA UM ENVELHECIMENTO SUSTENTÁVEL

Segundo dados do IBGE, entre 1980 e 2009 a expectativa de vida do brasileiro experimentou um acréscimo de 10 anos (10 anos, 7 meses e seis dias), ao passar de 62,57 anos, para os atuais 73,17 anos. Assim, ao longo de 29 anos, a esperança de vida ao nascer no Brasil, incrementou-se anualmente, em média, em 4 meses e 12 dias.<sup>5</sup>

O envelhecimento da população e o aumento da longevidade são uma realidade incontestável nos dias atuais, demandando uma especial atenção à parcela da população com 60 anos ou mais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu art. XXV, 1, assevera a necessidade um envelhecimento saudável, ao determinar que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança na velhice.

No mesmo sentido, o *caput* do art. 226 da Constituição Federal de 1988 confere à família especial proteção do Estado, e o art. 230 determina o dever de amparo às pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Heloisa Helena Barboza esclarece que a Constituição Federal, ao estabelecer a dignidade humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, consagrou o ser humano como valor maior do ordenamento jurídico, configurando-se, assim, uma *cláusula geral de tutela da pessoa humana*.

A ação afirmativa, em seu sentido mais amplo, abrange exatamente a edição de leis especiais de proteção aos grupos vulneráveis. O idoso se encontra no grupo dos que têm sua vulnerabilidade potencializada, devendo ser discriminado positivamente, para resguardo de sua dignidade. Busca-

---

<sup>5</sup>IBGE - Observações sobre a evolução da mortalidade no Brasil: o passado, o presente e perspectivas. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2009/notastecnicas.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

se, portanto, efetivar a proteção integral devida ao idoso, especializando a cláusula geral de tutela da pessoa humana, na linha já adotada para a criança e o adolescente e o consumidor.<sup>6</sup>

Entre os diplomas legais que buscaram essa proteção diferenciada, destacam-se: a Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispôs sobre a Política Nacional do Idoso e criou o Conselho Nacional do Idoso, e a Lei n. 10.173, de 9 de janeiro de 2001, que determinou prioridade de tramitação nos procedimentos judiciais.

A Constituição Federal de 1988 priorizou o atendimento do idoso em seu próprio lar. No entanto, o Decreto n. 1.948/96, que regulamentou a Lei n. 8.842/1994, diante das dificuldades encontradas neste acolhimento residencial, trouxe duas modalidades de atendimento ao idoso: a modalidade asilar e a não asilar.

Nos termos do art. 3º do Decreto, entende-se por modalidade asilar o atendimento, em regime de internato, ao idoso sem vínculo familiar ou sem condições de prover à própria subsistência, no caso da inexistência do grupo familiar, abandono, carência de recursos financeiros próprios ou da própria família.

Como modalidades não asilares de atendimento, o art. 4º do Decreto traz: o *Centro de Convivência*: local destinado à permanência diurna do idoso; o *Centro de Cuidados Diurno* (Hospital-Dia e Centro-Dia), local destinado à permanência diurna do idoso dependente ou que possua deficiência temporária e necessite de assistência médica ou de assistência multiprofissional; a *Casa-Lar*: residência, em sistema participativo, cedida por instituições públicas ou privadas; a *Oficina Abrigada de Trabalho*: local destinado ao desenvolvimento, pelo idoso, de atividades produtivas; o atendimento domiciliar, serviço prestado ao idoso que vive só e seja dependente, prestado em seu próprio lar, por profissionais da área de saúde ou por pessoas da própria comunidade; e outras formas de atendimento: iniciativas surgidas na própria comunidade, que visem à promoção e à integração da pessoa idosa na família e na sociedade.

No entanto, foi em 1º de outubro de 2003, com a edição da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que instituiu o “Estatuto do Idoso”, que se pôde viabilizar uma verdadeira proteção integral ao idoso, garantindo-se absoluta prioridade na efetivação de seus direitos fundamentais.

Maria Berenice Dias destaca que “não se trata de um conjunto de regras de caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que têm aplicação imediata”, nos termos do art. 5º,

---

<sup>6</sup>BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108-113.

§ 1º da Constituição Federal, de modo que o “Estatuto” se constitui em um microsistema, reconhecendo as necessidades especiais das pessoas idosas.<sup>7</sup>

O *caput* do art. 3º do “Estatuto” prevê a obrigação solidária da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público em assegurar os direitos da população idosa, sendo certo que a garantia de prioridade compreende: atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; destinação privilegiada de recursos públicos; viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar; capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais; e prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

O “Estatuto” sugere, em seu art. 70, a criação de varas especializadas e exclusivas ao idoso, assegurando, no art. 71, a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, em qualquer instância. É assegurado, ainda, o foro privilegiado ao idoso, nos termos do art. 80, de modo que as ações que visem à defesa dos direitos do idoso devem ser propostas no foro de seu domicílio, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas as competências da Justiça Federal e a competência originária dos Tribunais Superiores.

O princípio da solidariedade, previsto pela Carta Magna, busca garantir qualidade de vida ao idoso, assegurando sua autonomia e independência. É por meio do cuidado que se pode alcançar o livre exercício do direito ao envelhecimento, reconhecido pelo art. 8º do “Estatuto” como um direito personalíssimo.

Neste sentido, importa destacar que, nos termos do art. 12 do “Estatuto”, a obrigação de prestar alimentos ao idoso é solidária, podendo o mesmo optar entre os prestadores. O idoso pode acionar qualquer de seus filhos, netos, irmãos e sobrinhos, sendo a limitação o parentesco colateral de quarto grau. Ressalte-se que, ainda que a solidariedade ocorra entre todos os parentes, cabe invocar a regra da proximidade, na forma do art. 1.696 do Código Civil de 2002.<sup>8</sup>

No que se refere aos alimentos devidos pelos pais aos filhos ou pelos avós aos netos, o idoso como devedor de alimentos não mereceu a atenção

---

<sup>7</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 469.

<sup>8</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 473.

do “Estatuto”, sendo a obrigação alimentar dos avós regulada exclusivamente pelo Código Civil. Rolf Madaleno destaca que, nestes casos, os avós apenas complementam a pensão já alcançada pelos pais e que se revelou insuficiente.<sup>9</sup>

Reconhecendo a importância da convivência intergeracional, a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, acrescentou o parágrafo único ao art. 25 da Lei n. 8.069/90 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”), incluindo o conceito de *família extensa ou ampliada* como “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”, no qual estão inseridos os avós.

Além disso, a Lei n. 12.398, de 28 de março de 2011, alterou o art. 1.589 do Código Civil de 2002 e o art. 888 do Código de Processo Civil, estendendo o direito de visita aos avós, dentro de um contexto maior de fortalecimento das relações familiares, na solidariedade que deve existir entre seus membros.

É inegável que o convívio com os avós é de extrema importância para a formação da criança, na medida em que a experiência de vida adquirida poderá ser passada de geração para geração, fortalecendo os vínculos afetivos e o desenvolvimento de uma cadeia de conhecimentos. A presença dos idosos na vida das crianças representa a expansão do universo familiar e o resgate de valores essenciais à sociedade. “Caso contrário elas seriam membros de uma sociedade sem passado, sem memória e sem compromissos, uma sociedade de pura competição que pode facilmente se autodestruir”.<sup>10</sup>

A jurisprudência também tem reconhecido a importância dos avós no seio familiar ao estabelecer que “a avó tem o direito de exercer a visitação em relação aos netos e estes têm o direito de receber o afeto avoengo, estreitar laços de convivência familiar e ampliar a convivência social”.<sup>11</sup> Assim, “não havendo nada que impeça a convivência da avó com a neta, salvo a vontade equivocada dos genitores, é cabível estabelecer a regulamentação de visitas, que deverá ser cumprida pelos réus, sob pena de fixação de astreintes”.<sup>12</sup>

Na proteção dos direitos dos idosos, também merece destaque o art. 1.780 do Código Civil de 2002, que prevê a curatela do enfermo e do portador de deficiência física. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem que se trata de “uma curatela específica e de menor extensão, não destinada a um incapaz, mas alguém com dificuldade locomotora,

---

<sup>9</sup>MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 84.

<sup>10</sup>FERREIRA, Odson Costa. *O idoso no Brasil – novas propostas*. Rio de Janeiro: O. Costa Ferreira, 1990, p. 12.

<sup>11</sup>TJ RS, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº70052709318, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julg.: 08.03.2013, DJ: 15.03.2013.

<sup>12</sup>TJ RS, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70050894963, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julg.: 24.10.2012, DJ: 26.10.2012.

por conta de uma enfermidade ou deficiência física (...), atendendo ao seu próprio pedido”.<sup>13</sup>

Para Antônio Carlos Mathias Coltro, “o permissivo legal deve beneficiar, ainda, as pessoas idosas que não disponham de condições físicas, senão com muito sacrifício, de se locomoverem, a fim de gerirem seus bens”.<sup>14</sup> Assim, esta espécie de curatela – denominada curatela-mandato, pois decorre da vontade do próprio curatelado – apresenta especial relevância no que se refere à proteção dos bens das pessoas idosas, que, por alguma dificuldade física, não podem administrar de forma plena seus bens.

Destaca-se que ação é de rito ordinário e a decisão judicial deve ser motivada no interesse do curatelado, sendo observado, excepcionalmente, o art. 1.775 do Código Civil de 2002, que prevê a ordem para a determinação do curador. Admite-se a curatela provisória e o curador deve prestar conta ao juiz e ao curatelado.

A jurisprudência já destacou que “nesta espécie de curatela não há incapacidade mental do curatelado: ele mantém o domínio de sua vontade, mas diante de impossibilidade física, não pode administrar seus próprios negócios”<sup>15</sup>, e que “a incapacidade física, uma vez preservadas as funções psíquicas, não é causa para a interdição, mas serve como base para a curatela especial por representação”<sup>16</sup>.

O Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a curatela especial a uma senhora de 92 anos de idade, que já havia sofrido enfarte do miocárdio, acidente vascular e isquêmico, estando impossibilitada de locomover-se. A 2ª Câmara de Direito Privado reconheceu que a requerida necessitava do auxílio de terceiros para o exercício das mais corriqueiras atividades, não restando dúvida de que se tratava de pessoa lúcida e que tinha condições de manifestar sua vontade, o que impedia o deferimento da interdição para todos os atos da vida civil. No entanto, para que pudesse cuidar de seus negócios e bens, e principalmente para receber aposentadoria e benefício previdenciário, o deferimento da curatela especial era medida que se impunha.<sup>17</sup>

Não obstante os inúmeros avanços, muito ainda há de se caminhar para que os idosos tenham garantidos de forma plena o direito ao respeito, à liberdade e à dignidade, tornando-se viável para todos um envelhecimento saudável.

---

<sup>13</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Direito das Famílias. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 6, p. 1.028.

<sup>14</sup>COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 321-322.

<sup>15</sup>TJRJ, 22ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0031227-52.2013.8.19.0000, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, Julg.: 06.08.2013.

<sup>16</sup>TJMG, Apelação Cível nº 0619329-88.2010.8.13.0024, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, Julg.: 27.11.2012.

<sup>17</sup>TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível com Revisão nº 631.205-4/7-00, Rel. Des. Morato de Andrade, Julg.: 14/07/2009.

### 3. OS DESAFIOS PARA A SUSTENTABILIDADE DA PESSOA IDOSA

Um dos grandes desafios para um envelhecimento sustentável ainda é a violência contra o idoso, definida pelo art. 19, § 1º da Lei n. 10.741/03 como qualquer “ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico”. A Lei n. 12.461/2011, que alterou o “Estatuto”, determinou que os casos de suspeita ou confirmação de violência contra os idosos devem ser objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária e aos órgãos competentes.<sup>18</sup>

Pérola Melissa Vianna Braga esclarece que, entre as formas de violência, as mais sofridas pelos idosos são: ofensas, tratamento com ironia, gozação, humilhação ou menosprezo devido à idade (17%); ficar sem remédios ou tratamento adequado quando necessário (14%); a recusa de algum trabalho ou emprego por causa da idade, ou ser ameaçado/terrorizado (7%); e a violência física ou lesão corporal (5%).<sup>19</sup>

A maior dificuldade em combater estas formas de agressão consiste no fato de que, na maior parte das vezes, o agressor é o próprio cuidador, o que faz com que muitos casos sigam no anonimato, por medo do idoso de ser abandonado ou por receio de não ser ouvido.

É preciso ter em mente que, na medida em que o ordenamento estabelece como dever de todos – Estado, Família e Sociedade – a proteção dos direitos do idoso, é necessário que haja uma atuação conjunta para prevenir e acabar com os casos de violência e discriminação contra os idosos.

Deve-se atentar, ainda, para a fragilidade e vulnerabilidade dos idosos para aceitar as mudanças de adaptação e readaptação ambiental. A preocupação com o meio ambiente pode estar centralizada na moradia, no local de trabalho, na poluição atmosférica e sonora, no trânsito, na circulação/mobilização (abrangendo trânsito e transporte), na segurança contra a violência urbana, na prevenção quanto a acidentes domésticos e no tráfego.

É neste sentido que a Constituição Federal se refere ao “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, CF/88).

Para um envelhecimento com autonomia e dignidade, também é preciso que sejam assegurados os direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade

<sup>18</sup>Vide Portaria Ministerial nº 104 - GM/MS de 14.01.2011.

<sup>19</sup>BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 32.

da pessoa idosa, que se traduzem na possibilidade de ela se locomover livremente, de acordo com as suas condições de saúde, e de não ficar em instituições contra a sua vontade, podendo, ainda, optar pelo tratamento que julgar mais adequado às suas necessidades, quando for possível, e dispor de seus bens.

Neste contexto, cabe mencionar o inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002, que determina como obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos.

Ressalte-se que o art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, em sua redação original, determinava o regime da separação obrigatória de bens no casamento para as pessoas maiores de 60 anos. A Lei n. 12.334, de 9 de dezembro de 2010, elevou a idade base para a determinação deste regime de bens para 70 anos. No entanto, manteve-se a previsão discriminatória.

Entendemos que a exigência do regime da separação absoluta de bens representa uma *capitis diminutio* aos maiores de 70 anos, de modo que deve prevalecer o princípio da mutabilidade justificada do regime de bens, nos termos do art. 1.639, § 2º do Código Civil de 2002. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 377, que determina que, no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Segundo Rolf Madaleno, em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se estas fossem causas naturais de incapacidade civil. A Súmula n. 377 do STF foi justamente editada para ordenar a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, para impedir o enriquecimento ilícito.<sup>20</sup>

O direito ao respeito e à liberdade também se manifesta na garantia de envelhecer e morrer com dignidade. A situação de vulnerabilidade diante da perspectiva da morte é, sem dúvida, uma circunstância que afeta a todos, mas, sobretudo, aos idosos. Busca-se garantir o direito à vida e à saúde, mas de modo que o paciente possa optar por não prolongar extraordinariamente a vida mediante um tratamento inútil, que acabará por estender um sofrimento.

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.805/2006, permitindo que o médico suspendesse ou limitasse tratamentos que prolongassem a vida do paciente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, com o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Além disso, esta Resolução previu a manutenção do recebimento dos cuidados necessários para aliviar os sintomas que levassem ao sofrimento, sendo assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, sendo assegurado o direito da alta hospitalar.

---

<sup>20</sup>MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 77.

Além disso, o Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/2009) determina que, “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados” (XXII).

Em 2012, foi editada pelo Conselho Federal de Medicina a Resolução n. 1.995, que reconheceu as diretivas antecipadas de vontade, como o “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”, abrindo espaço para a regulamentação do chamado *Testamento Vital*.

Não há ainda, no Brasil, previsão expressa sobre as condições de validade do Testamento Vital, mas este já é regulado por vários países, como Estados Unidos, Alemanha, Espanha, Inglaterra e Portugal. Também não há qualquer disposição quanto à prática de eutanásia, ortotanásia ou distanásia, de modo que a Constituição Federal e o Código Penal não fazem qualquer menção acerca do tema.

O Testamento Vital é um ato unilateral de vontade, verificada a lucidez e convicção do declarante, atestadas por um especialista, preferencialmente lavrado em Cartório de Notas, perante duas testemunhas. O documento deve indicar um médico da confiança do declarante para acompanhar o estado terminal e apontar a designação de pessoa da confiança para confirmar e ajudar no cumprimento da vontade do declarante. Pode, ainda, conter cláusulas relativas às condições do sepultamento, cremação e doação de órgãos.

Embora sem previsão expressa, a possibilidade de manifestação do paciente acerca dos cuidados e tratamentos aos quais pretende se submeter torna juridicamente possível a elaboração do Testamento Vital no Brasil como diretiva antecipada de vontade, de modo que a vontade do indivíduo deve ser respeitada.

“Se, mesmo no silêncio de alguém, a forma de condução da vida deve ser o principal instrumento orientador do tratamento da pessoa em condições de vulnerabilidade, não há dúvidas de que, quando ela se expressa expressamente sobre o seu tratamento futuro, suas diretrizes devem ser atendidas”.<sup>21</sup> O reconhecimento deste direito possibilita que o médico leve em consideração a vontade do paciente quando este se encontrar incapaz de se comunicar ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades.

A Organização Mundial de Saúde definiu como cuidados paliativos, ou seja, os cuidados no fim da vida, como uma abordagem que objetiva a

---

<sup>21</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 65.



melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais.<sup>22</sup>

Reconhece-se como medicina paliativa “o estudo e controle de pacientes com doença ativa, progressiva e avançada, para quem o prognóstico é limitado e a assistência é voltada para a qualidade de vida”.<sup>23</sup> É a partir desse olhar diferenciado ao paciente que se encontra próximo ao fim da vida que se permite que ele seja tratado com respeito e dignidade, minimizando os efeitos desta circunstância adversa e tão difícil para quem a vivencia.

A sociedade ainda precisa caminhar em direção à efetivação dos direitos fundamentais da população idosa e reconhecer a vulnerabilidade dos mais velhos, acabando com a estigmatização do idoso como um ser ultrapassado e buscando viabilizar a integração deste na sociedade e na família, identificando a sua importância para as gerações futuras.

#### 4. CONCLUSÃO

Reconhecer o valor e o sentido da vida na velhice exige mudanças de atitudes. Em qualquer idade, estamos sempre vivendo o presente, visitando o passado e o futuro na nossa imaginação. Somos o que lembramos e o que planejamos. É preciso viver cada idade a seu modo, sem deixar se enganar por falsas ideias da velhice, a qual abrange inquestionáveis perdas, sem afastar conquistas e vivências positivas.

A condição de idoso nos remete aos estudos sobre a *vulnerabilidade*; para o Direito todas as pessoas são vulneráveis e, portanto, todas são protegidas pela cláusula geral de tutela implícita na Constituição Federal. Podemos afirmar que o “Estatuto do Idoso” (Lei n. 10.741/03) representa a proteção especial dos maiores de 60 anos em razão de “situações substanciais específicas” as quais exigem tratamento adequado.

Por muito tempo, para caracterizar a vulnerabilidade do idoso, enfatizou-se a debilitação física e mental, a cessação da produtividade, o abandono, enfim a situação indigna em que muitos se encontram. Chegou-se mesmo a assinalar sua “invisibilidade” na medida em que não integrava um setor produtivo e economicamente ativo.

Heloísa Helena Barboza alerta para o perigo que pode representar categorizações feitas sem maior análise dos fatores que as informam. Mesmo que tenham por fim a proteção dos envolvidos, podem acabar por fomentar

---

<sup>22</sup>WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>>. Acesso em: 19 jun.2014.

<sup>23</sup>Oxford Textbook of Palliative Medicine, 3rd edition, 2004.

preconceitos. Certas denominações acabam se tornando discriminatórias<sup>24</sup> na medida em que rotulam (o idoso) num *status social menor*, o que ocorre com lamentável frequência, justificando um tratamento diferenciado, ou seja, pior.<sup>25</sup>

Na atualidade, os maiores de 60 anos têm demonstrado, quase sempre, seu desempenho intelectual e profissional, sua capacidade de aprender, seu interesse em relação ao futuro, sem desprezar a necessidade de reconquistar espaço como seres atuantes, aptos a desenvolver suas potencialidades a fim de contribuir para a comunidade. Sua presença na vida familiar, redimensionando os limites da privacidade reconquistados pela amizade e carinho de todos, exige que a sociedade enfrente os equívocos que envolvem esta destacada parcela da população.

A sustentabilidade do idoso impõe redefinição de prioridades e do apoio de uma rede social, a qual, buscando consensos possíveis, deve existir, sobretudo, em parceria com a família. A nosso ver, decorre daí a estreita relação da sustentabilidade e o cuidado, abandonando a premissa de que ser idoso é sinônimo de ser doente.<sup>26</sup>

Portanto, deve haver por parte da sociedade um efetivo interesse em realizar projetos que sejam dirigidos aos idosos procurando integrá-los à sua família, à sociedade e a iniciativas culturais de sua comunidade. Morando juntos, separadamente ou em instituições, uma vez mantidos os laços e vínculos afetivos as perdas e rupturas não se acentuam dramaticamente.

Para Pérola Melissa Vianna Braga, “socializar o envelhecimento é um processo de aprendizagem sobre as características e demandas do envelhecer. Significa incitar a sociedade a absorver o envelhecimento como um processo complexo, que envolve uma mudança de comportamento e principalmente uma mudança de pensamento e de reflexão. Não adianta tratar bem o idoso porque isto é lei. É preciso respeitar e aceitar o envelhecimento porque ele faz parte da própria vida”.<sup>27</sup>

Como bem destaca Antônio Carlos Mathias Coltro, “a sustentabilidade familiar (...) dá a continuidade dos laços entre os integrantes do grupo familiar e, neste espaço, o que de bom nele possa ser produzido, em termos de educação e orientação”.<sup>28</sup>

A Secretaria de Direitos Humanos (SEDH) apontou para algumas urgências que devem ser consideradas pela sociedade em geral e pelo Poder

---

<sup>24</sup>A nosso ver, são controversas as referências aos idosos, como: “Terceira Idade”, “Maior Idade”, etc.

<sup>25</sup>BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 114-115.

<sup>26</sup>PEREIRA, Tânia da Silva; LEAL, Livia Teixeira. A sustentabilidade do idoso: as conquistas e desafios para um envelhecimento sustentável. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; MELO, Alda Marina de Campos. *Cuidado e sustentabilidade*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 413-415.

<sup>27</sup>BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.

<sup>28</sup>COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Família: cuidado, vulnerabilidade e sustentabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, p. 66.

Público, tais como: divulgação do Estatuto do Idoso; implantação de serviços específicos de denúncia contra violência a idosos; aumento da fiscalização a instituições de longa permanência (de convivência ou clínicas); promoção de campanhas educativas, conscientização sobre os direitos de idoso na escola de formação de motoristas e punição dos agressores que desrespeitem idosos nos transportes públicos; aumento do envolvimento dos profissionais no âmbito da proteção dos direitos do idoso, entreoutros.<sup>29</sup>

Maria Helena Novaes aponta formas de enfrentar o *old boom* em contraponto com o *baby boom*: utilizando o potencial criativo do idoso e sua capacidade de percepção, intuição e pensamento; despertando sua curiosidade para o mundo atual; superando estados depressivos e sentimentos negativos; convivendo, de modo sadio, com crianças e jovens, além dos adultos; prestando serviços úteis à comunidade em que vive; mantendo disciplina e hábitos saudáveis no seu cotidiano; participando de movimentos assistenciais e sociais; aperfeiçoando conhecimentos através de cursos; envolvendo-se em atividades culturais, desportivas e de lazer; conhecendo-se melhor, analisando sempre suas possibilidades e limites pessoais.

Para a mesma autora, a velhice não se constitui numa etapa “naturalizada” do curso da vida, mas em vivências permanentemente construídas de acordo com os diferentes modos de subjetivação, cabendo a todo ser humano, ao final, o privilégio de construir sua vida e dar um significado ao seu destino.<sup>30</sup>

O *cuidado* se manifesta na viabilização desta construção de projetos de vida por cada indivíduo, por meio do respeito à sua liberdade, da garantia de um tratamento digno nas diversas etapas de sua existência e do reconhecimento de seu papel social. Somente assim é possível construir uma sociedade mais íntegra e justa, uma sociedade sem medo de envelhecer.

## 5. REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

BOFF, Leonardo. *Ética para a nova era*. Disponível em: <http://www.leonardoboff.com/site/lboff.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.

---

<sup>29</sup>MINAYO, Maria Cecília. *A violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria*. 2. ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2005, . p. 39-41.

<sup>30</sup>Maria Helena Novaes em Palestra proferida na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em 1985.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra*. Petrópolis: Vozes, 1999.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Da tutela e da curatela. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Família: cuidado, vulnerabilidade e sustentabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FAGUNDES, Jeferson Nogueira Fagundes. O Direito Fundamental ao Desenvolvimento Sustentável. *Revista de Direito Ambiental*. n. 50, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Direito das Famílias. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 6.

FERREIRA, Odson Costa. *O idoso no Brasil – novas propostas*. Rio de Janeiro: O. Costa Ferreira, 1990.

GAULIA, Luiz Antônio. Descuido e descaso. A insustentável incoerência do ser. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; MELO, Alda Marina de Campos. *Cuidado e sustentabilidade*. São Paulo: Atlas 2014.

KRONENBERGER, Denise. *Desenvolvimento local sustentável: uma abordagem prática*. São Paulo: Editora Senac, 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MINAYO, Maria Cecília. *A violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria*. 2. ed. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva; LEAL, Livia Teixeira. A sustentabilidade do idoso: as conquistas e desafios para um envelhecimento sustentável. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; MELO, Alda Marina de Campos. *Cuidado e sustentabilidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

# O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Paulo Lins e Silva

Diretor Internacional do IBDFAM.

**Sumário:** Introdução. 1. Cartas rogatórias. 2. Homologação de sentença estrangeira. 3. Auxílio direto. 4. Breve histórico das cartas rogatórias no Brasil. 5. A cooperação entre estados na Europa e Américas. 6. Críticas à lentidão. 7. Alimentos e a cooperação internacional. 8. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

Cartas “Prorrogatórias ou Protelatórias” - O Direito de Família é um Direito especial – Por que não excepcional!

A grande mobilidade proporcionada pelo advento dos meios de comunicação global permite que a pluralidade das famílias se constate hoje também no plano internacional, o que enseja inúmeras repercussões para o Direito Internacional privado, em especial no que tange ao Direito de Família.

Inúmeras são as questões de cunho internacional relacionadas à validade do casamento, ao regime de bens, à posterior repartição do patrimônio em caso de separação e divórcio, à sucessão e nomeadamente questões relacionadas às crianças.

A cooperação jurídica internacional é imprescindível, uma vez que o aumento do deslocamento de pessoas e bens entre fronteiras tem causado maior interesse por parte dos Estados. Na esfera civil, cumprindo tal propósito, três instrumentos assumem relevância prática: as cartas rogatórias, a homologação de decisões estrangeiras e o auxílio direto.

Este trabalho se propõe a servir como base para uma reflexão sobre a urgente necessidade de desengessar os trâmites concernentes ao intercâmbio entre Estados para os fins de administração da justiça, a partir da apreciação dos mecanismos de cooperação internacional no Brasil.

Far-se-á uma análise da presença da cooperação jurídica nos ordenamentos jurídicos modernos, ressaltando que a consolidação do instituto do “auxílio direto” seria essencial para uma efetiva prestação jurisdicional, considerando o direito fundamental à razoável duração do

processo, notadamente no campo delicado do Direito de Família que, por sua natureza, é um Direito especial, diferenciado pelo seu alcance humano dos outros ramos científicos, pela sua natureza jurídica e afinidade interna com os princípios fundamentais da ordem pública.

## 1. CARTAS ROGATÓRIAS

A carta rogatória é um dos meios de comunicação processual, utilizada como instrumento necessário para o intercâmbio processual, dirigida sempre à autoridade estrangeira. Em inglês, são chamadas *letters rogatory*; em francês, *comissions rogatoires*, e, em espanhol, *ex hortos*.

Denomina-se Juízo Rogante aquele que tem o interesse jurídico ativo no pedido, aquele que envia a solicitação, e Juízo Rogado, o sujeito passivo desta relação, ou seja, a autoridade estrangeira que recebe o pedido.

É importante lembrar que, tanto nas rogatórias ativas como nas passivas, não há delegação de poderes, apenas a cooperação interjurisdicional. O princípio do caráter instrutório das cartas rogatórias, tanto ativas como passivas, devem ter finalidade de citação, esclarecimento, perícia, remessa de documentos processuais, notificação, restituição de menores, avaliação de bens, intimação e até interrogatório. Isto porque o instrumento adequado para o cumprimento das medidas executórias não é a carta rogatória, mas sim a homologação de sentença estrangeira.

## 2. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

Quando se fala em homologação de sentença estrangeira, faz-se importante ressaltar que não há qualquer tipo de exame de mérito da decisão alienígena. O modelo adotado no Brasil inspirou-se no italiano, chamado de sistema de delibação, pelo qual não se questionava o mérito da decisão, em sua substância, senão para a verificação dos requisitos formais, além da ofensa à ordem pública, bons costumes e soberania nacional, como exemplo, antes de 1977 não se homologava sentença estrangeira de divórcio.

Já constava da Constituição de 1934, no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942), e recente na Emenda Constitucional n. 45 de 2004, devendo o Superior Tribunal de Justiça atentar sempre para as matérias que não infrinjam a ordem pública, os bons costumes e a soberania nacional. Exceção à homologação estrangeira pelo STJ e o pedido de Extradicação que é competência absoluta do Supremo Tribunal Federal.

Pelo sistema brasileiro, o *meritum causae* é intocável. Apreciar-se-ão como se disse acima as questões de ordem formal que, verdadeiramente,

refletem o devido processo legal para o reconhecimento do ato sentencial estrangeiro, tais como a competência, a observância do contraditório e a adaptação do julgado à nossa ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional.

Antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, os requisitos para a homologação de sentença estrangeira em nosso país eram estabelecidos pelo art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que estabelece que será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Adequar a sentença aos nossos cânones denomina-se “homologação de sentença estrangeira”, cuja seriedade justifica a antiga competência constitucional do Supremo Tribunal Federal e a atual do Superior Tribunal de Justiça, muito embora, após a homologação, a execução proceda-se no juízo federal de primeira instância.

Entretanto, não obstante a ausência de menção expressa, a sentença estrangeira que ofenda aos preceitos constitucionais e à ordem pública não deverá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. A verificação feita por este Tribunal se baseia na Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005, que, no seu art. 5º, estabelece as condições de “homologabilidade” bem como a metodologia da nacionalização da sentença estrangeira. O legislador repetiu as regras insitas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao Código Civil, em seu art. 15, as quais condicionam a aprovação daquela decisão ao preenchimento dos seguintes requisitos: decisão proferida por juízo competente, partes citadas, prova do trânsito em julgado, autenticação consular e a tradução.

Após o recebimento do pedido de homologação, a parte interessada será citada para, no prazo de quinze dias, apresentar contestação ao pedido de homologação.

Posteriormente, à apresentação da contestação à homologação de sentença estrangeira, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo. Igualmente, a participação do Ministério Público está assegurada, posto que o art. 10 da Resolução n. 9, do Superior Tribunal de Justiça concede ao Procurador-Geral da República o prazo de 10 (dez) dias após a apresentação da defesa no tocante ao pedido de homologação de sentença ou cartas rogatórias.



A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, podendo ser homologadas parcialmente de acordo com o art. 9º, § 2º do Superior Tribunal de Justiça.

### 3. AUXÍLIO DIRETO

Cumpre mencionar um instrumento recente de cooperação internacional, já incorporado à maioria dos ordenamentos jurídicos modernos: o *auxílio direto*. Por meio deste instrumento, permite-se que a autoridade estrangeira solicite a realização de diligências no país, tal como ocorre no âmbito das cartas rogatórias.

Entretanto, esse instrumento não depende de uma decisão oriunda de autoridade estrangeira proferida de acordo com as leis do país de origem e de todo o trâmite burocrático para a concessão do *exequatur* como ocorre com as cartas rogatórias.

Como não se fundamenta em uma decisão prévia, o auxílio direto depende somente que a autoridade brasileira competente decida de acordo com as leis brasileiras sobre a necessidade e viabilidade da eventual diligência, evitando assim o uso de cartas rogatórias e eliminando a morosa tramitação das mesmas.

O art. 7º da Resolução n. 9 da presidência do Superior Tribunal de Justiça, de 4 de maio de 2005, consagra o auxílio direto nos seguintes termos

as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios. Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejam juízo de deliberação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

Todavia, o instituto do auxílio direto, no Brasil, foi objeto de questionamento acerca da sua constitucionalidade. A discussão se originou de pedido de cooperação formulado por autoridades suíças, para realização de diligências no Brasil: interrogatório de réus, inquirição de testemunhas e coleta de prova documental, a fim de instruir processo no exterior. O pedido endereçado ao Ministério da Justiça – autoridade central para cooperação jurídica internacional, responsável pela remessa ao exterior dos pedidos de cooperação jurídica e pelo recebimento dos encaminhados ao Brasil –,

foi, posteriormente, remetido à Justiça Federal brasileira, que autorizou as diligências, tal como faria sem qualquer vinculação com o exterior.

A tramitação do “auxílio direto”, que é regulado pelo art. 7º, da Resolução n. 9 do STJ, de maio/2005, tenta desburocratizar, mas se envia para o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI do Ministério da Justiça, que, pelo que se sabe, não é dirigido por um advogado, mas, sim, por burocratas sem a formação de bacharelado em Direito, cargo esse de designação política do Poder Executivo por meio do Ministério da Justiça. Aí se forma um “Juízo de Admissibilidade” para se dar a sequência ao cumprimento do “auxílio direto”.

Tal organismo é de difícil acesso aos advogados que procuram informações sobre o andamento das tramitações, sendo inclusive lento nas respostas formuladas pelos Juízos Rogantes ou solicitantes de diligências para serem cumpridas no exterior.

Tais dificuldades têm levado os advogados, embora contrariando a norma vigente, a simplificar os atos citatórios ou intimatórios no exterior, simplesmente traduzindo para o idioma do país rogado, reconhecendo a firma do tradutor juramentado no Consulado do país em questão e assim enviando para um advogado desse país para que proceda, por si ou com o auxílio de um notário local, para que entregue a documentação do processo originário à pessoa objetivada, e assim cumprindo, devolve-se com as declarações do advogado e/ou do notário que acompanhou tal diligência. Esta documentação se entrega ao Juiz Rogante, ocorrendo ou a simples aceitação da parte adversa, com o ingresso nos autos para formular sua contestação ou mesmo no caso dessa parte passiva arguir a nulidade da citação, por não ter sido observada a formalidade de uma Carta Rogatória, o simples ato de acesso aos autos, já o faz ciente do feito e iniciando seu prazo de resposta. Assim, tem sido mais simples se cumprir no exterior ordens judiciais na complementação da prestação jurisdicional, sem a utilização dos excessivos meios burocráticos que a lei exige.

O Juízo Rogado, geralmente monocrático, conhece as leis, foi concursado, tem prática na sua judicatura e pode perfeitamente estudar e formar convicção de que o pedido não ofenda os princípios gerais de ordem pública que são quase comuns na cultura jurídica universal.

Outros países assim procedem conosco, utilizando-se alguns de cartórios registrantes, para a complementação da diligência, de ciência da parte passiva, o que se denomina de “server”, ou mesmo através da fé pública do advogado nesses atos, reconhecida e valorizada em muitos países.

Aqui no Rio de Janeiro, magistrados já admitiram tal procedimento como o ex-Desembargador Paulo Fabião, quando juiz monocrático, idem a atual Desembargadora, Valéria Dacheux, os Drs. André Cortes e Gerardo Carnevalle.

A tramitação da Carta Rogatória é muito lenta e excessivamente burocrática, devendo o Juízo Rogante determinar a expedição deste instrumento, com a integralidade das peças constantes do processo. Deve ser traduzida para o idioma do país rogado o teor da inicial, e em seguida remetido para o já mencionado Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, do Ministério da Justiça. Esse organismo, após examinar toda a documentação, a envia para o Ministério das Relações Exteriores, que a remete para o órgão semelhante do país rogado. Aí, se remete para o Ministério da Justiça que, por intermédio de sua autoridade central ou similar, determina que um juízo local proceda à ordem recebida.

Efetivada a citação ou a intimação da parte passiva, o processo retorna, percorrendo todo o roteiro anterior ao inverso, cuja tramitação total leva de 12 a 24 meses.

Mesmo assim, com a discussão da constitucionalidade ou não do “auxílio direto”, o Superior Tribunal de Justiça considerou impossível que esta solicitação fosse formulada por outra via que não a carta rogatória. Essa decisão, contudo, foi reformada pela Corte Especial do Tribunal, e direcionada à Justiça Federal. O Supremo, por sua vez, suspendeu a eficácia da decisão da Corte Especial, por considerar que toda e qualquer solicitação feita por autoridade estrangeira deveria necessariamente percorrer a via da rogatória.

Saliente-se que a discussão não versa sobre a possibilidade de a lei ordinária contratada dispensar o *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça, mas sobre seu pedido de diligência no Brasil poder ser encaminhado por outra via que não seja rogatória, dispensando, portanto, a apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Para responder essa questão, é importante a análise no art. 181 da Constituição Federal:

Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do poder competente.

Entretanto, o art. mencionado não se referiu expressamente às cartas rogatórias, e, sim, à autorização do “poder competente” como essencial para o atendimento de requisição de documentos ou informações. Caso as Cartas Rogatórias fossem a única via admissível para a solicitação, o texto deveria mencioná-las expressamente. Há decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal nessa linha, entendendo que tratados podem estabelecer o auxílio direto entre os países, entretanto, o instituto ainda é incipiente no Brasil. Insta dizer que o cerne do auxílio direto é justamente evitar toda a

burocracia e morosidade do tramite da carta rogatória para que providências necessárias para o andamento do processo possam ser realizadas sem por em risco o direito a ser tutelado.

O legislador alterou a competência para homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* para o Superior Tribunal de Justiça, todavia o Supremo ainda tem a competência para examinar a legalidade do pedido de extradição.

Assim, observa-se que o sistema adotado no Brasil no tocante à cooperação jurídica internacional é híbrido: para a homologação das sentenças e concessão do *exequatur* das cartas rogatórias, o Superior Tribunal de Justiça é o adequado; para o exame de pedido de extradição, manteve-se a competência do Supremo e, para eventuais pedidos de cooperação – realizados quando da existência de tratados – poderá ser competente a autoridade prevista no acordo, sendo certo que, se a diligência solicitada depende da autorização judicial, a questão deverá ser submetida ao juiz federal, com base no art. 109, I e III da Constituição Federal, por meio do auxílio direto.

Por oportuno, vale dizer que o Supremo adotou o posicionamento de que o rol de instrumentos de cooperação é taxativo na Constituição Federal razão pela qual o *auxílio direto* deveria ser inadmitido. Tal postura vai de encontro com a tendência da cooperação jurisdicional moderna que visa à criação de novos meios que viabilizem o exercício efetivo da prestação jurisdicional na esfera internacional.

#### 4. BREVE HISTÓRICO DAS CARTAS ROGATÓRIAS NO BRASIL

O fato histórico incrível é que Napoleão, no início do século XIX, cumpria suas ordens nas terras conquistadas, pelo envio de Cartas aos seus generais, que percorriam distâncias longas e as cumpriam em curto prazo. O exemplo clássico era as ordens do imperador a seus comandados, partindo de Paris a Lisboa em no máximo 15 dias, a cavalo, devendo o oficial levar a correspondência, cavalgando a galope e trocando de animal a cada 50 quilômetros, entregando a outro cavaleiro, e, assim se cumpria com uma resposta do ato retornando antes de 30 dias.

Ora, nos dias atuais, não conseguimos cumprir uma Carta Rogatória, um auxílio direto ou mesmo uma Carta Precatória entre comarcas, em menos de 30 dias, ou seja, há dois séculos se praticava cavalgando em tempo mais curto que nos dias atuais da computação!!!

A primeira expressão legal em nosso país sobre a tramitação das cartas rogatórias ocorreu em 1º de outubro de 1847. Tratou-se de acordo

diplomático entre o Brasil e Portugal porquanto esse era o país que mais possuía relações com o Brasil daquela época. Até então, não havia qualquer dispositivo sobre o assunto, não existia qualquer restrição ou regulação.

Atentem que as rogatórias passivas eram trazidas diretamente pelas partes e entregues aos juízes brasileiros que as cumpriam ou negavam seu cumprimento, sem maiores burocracias.

A tentativa de se estabelecer um acordo entre esses países data de 1841 – a Convenção de 1841 – que facilitaria a sistemática das rogatórias entre eles. Entretanto, foi em outubro de 1847 que foi emitido o Aviso do 1º de outubro de 1847, em que foram alinhados os quatro princípios fundamentais atinentes ao cumprimento das rogatórias, quais sejam: a exclusão da rogatória executória, a necessidade dos termos deprecativos, a legalização consular e o recurso de embargos.

Em 1865, o Ministério dos Negócios da Justiça resolve dar nova força ao Aviso do 1º de outubro e amplia sua abrangência: ele passa a regular as rogatórias ativas e passivas não só relacionadas a Portugal, mas também com outras nações.

A regulamentação das cartas rogatórias ganha novo redirecionamento. Assim, no dia 20 de novembro de 1894, é editada a Lei Federal 221, que completa a organização da Justiça Federal Judiciária – que fora criada pelo decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890. A mais interessante inovação da Lei é a criação do *exequatur* administrativo. A partir desse momento, as rogatórias deveriam receber a autorização do governo brasileiro – Ministério da Justiça – para que fossem cumpridas.

Somente com a Constituição Federal de 1934 é que a competência para concessão do *exequatur* foi retirada do Ministério da Justiça e passou para a esfera de atribuições do Supremo Tribunal Federal, a qual atualmente é do Superior Tribunal de Justiça.

Em 2004, entre as inovações trazidas pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro, alterou-se a regra de competência interna, que passou do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça a competência para conceder *exequatur* às rogatórias provenientes do exterior e homologar sentenças estrangeiras. Atualmente, ressalvados os pedidos de extradição – por força do art. 102, I, g, da Constituição Brasileira –, o STF não possui competência originária para apreciar pedidos de cooperação internacional.

Hoje, na prática, tivemos uma Carta Rogatória para ser cumprida em Modena (Itália), que durou mais que 18 meses para sua efetivação. Outra para o país vizinho Uruguai já ultrapassa os 12 meses e não conseguimos efetivar a diligência citatória da parte passiva.

Nas ações em que se aplica a Convenção de Haia, temos a ordem da Autoridade Central do país ordenante, remetida para a nossa Autoridade

Central, submissa ao Ministério da Justiça, que tem a competência para analisar e estudar o caso, a fim de viabilizar ou não, ou seja, o poder de admissibilidade ou não do cumprimento a ordem emanada pela Autoridade Central do país ordenante.

Em pesquisa que fizemos à Autoridade Central brasileira, ou seja, a que aprecia os pedidos advindos do exterior para a apreensão de menores, não é advogado e sequer bacharel em Direito, e, muitas vezes quando opina com seu poder pela concessão da ordem passa a auxiliar a AGU, no cumprimento do determinado pela Autoridade Central do outro país. Assiste como verdadeiro advogado auxiliar da atividade da AGU no caso.

## 5. A COOPERAÇÃO ENTRE ESTADOS NA EUROPA E AMÉRICAS

Far-se-á uma breve síntese de como evoluiu a cooperação jurídica internacional no que tange ao Direito Civil na Europa e Américas, e, em especial ao Mercosul.

A cooperação jurídica internacional se revela tão relevante que os mentores da Constituição norte-americana de 1787 já previram que o reconhecimento automático das decisões proferidas em outros estados componentes dos Estados Unidos era fundamental para a garantia de uma união estreita entre seus estados.

Esse mesmo método, denominado “server” é até hoje utilizado entre os Estados norte-americanos e determinado pelos juízos desse país, para cumprimento no exterior. Partem do princípio de que se aceitam lá um “server” por que os outros países também não assim procedem?

A ideia de simplificar e tornar mais rápida e efetiva a cooperação entre os Estados fora reproduzida pelos idealizadores da Comunidade Econômica Europeia desde o Tratado de Roma em 1957. O art. 293 do Tratado aduz que as decisões proferidas num Estado-Membro devem ser reconhecidas nos demais:

Os Estados-Membros entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais: a proteção das pessoas, bem como o gozo e a proteção dos direitos, nas mesmas condições que as concedidas por cada Estado aos seus próprios nacionais; a eliminação da dupla tributação na Comunidade; o reconhecimento mútuo das sociedades, na aceção do Segundo parágrafo do art. 48º, a manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência da sede de um país para outro e a possibilidade de fusão de sociedades sujeitas a legislações nacionais diferentes; a simplificação

das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos tanto das decisões judiciais como das decisões arbitrais.(Grifos nossos).

Tal regra fora inserida na Convenção de Bruxelas, e foi ratificada inicialmente pelos seis estados fundadores da Comunidade Econômica Europeia, entrando em vigor em 1º de fevereiro de 1973.

Em 16 de setembro de 1988, a Convenção de Lugano foi celebrada, com o propósito de estender os princípios já adotados pela Convenção de Bruxelas aos Estados-Membros da Associação Europeia de Livre Comércio, quais sejam; a simplificação das formalidades entre os Estados-Membros, o reconhecimento e a execução recíprocos tanto das decisões judiciais como das decisões arbitrais.

Vale mencionar que a preocupação com a cooperação jurídica internacional no que diz respeito às demandas do Direito de Família sempre foi algo recorrente; no caso do Regulamento (CE) n. 2.201/2003, o protocolo dispõe especificamente sobre a competência, o reconhecimento e a execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental.

Contudo, assim mesmo a competência jurisdicional ainda é da Justiça Federal, embora tramite no Poder Legislativo duas PEC no sentido de levar para os Juízos Estaduais de Família a competência para a apreciação dos pedidos de busca e apreensão de crianças com a aplicação da Convenção de Haia. A competência federal advém de regra constitucional, mas a Justiça Federal não tem habilitação e capacitação específica para a apreciação do destino de uma criança, se aqui permanece ou deve ser devolvida ao país requerente, o que vem trazendo traumas e consequências sérias na formação desses seres inocentes.

No que concerne ao continente americano, a ideia de cooperação jurídica no Direito de Família foi objeto das Convenções Interamericanas sobre Cumprimento de Medidas Cautelares e obrigação alimentar em 1979. O célere cumprimento das medidas cautelares é imprescindível no tocante à efetiva prestação jurisdicional no campo do Direito de Família, uma vez que visam a proteger o direito dos cônjuges e dos filhos, no que se refere à integridade física e psicológica; além da integridade dos bens conjugais (para que não sejam dissipados antes da conclusão do processo principal de separação judicial), e para que as provas que serão necessárias ao bom andamento do processo principal, não se desfaçam, ou seja, destruídas.

É interessante notar que, na esfera do Mercosul, a ideia da cooperação direta e simplificada na esfera internacional ainda não ganhou ampla aceitação. No que tange aos acordos bilaterais e convenções, os mais importantes e inovadores são o Protocolos de Las Leñas e de Ouro Preto;

além do Brasil, os países signatários são: Argentina, Paraguai, Uruguai.

O Protocolo de Las Leñas menciona dois tipos de cartas rogatórias: aquelas que contêm pedidos para citação, intimação ou produção de provas

e aquelas que veiculam pedidos de homologação e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros.

No que se refere ao primeiro tipo de carta rogatória mencionado, o protocolo aduz, em seu art. 5º que:

Cada Estado-Parte deverá enviar às autoridades jurisdicionais do outro Estado, segundo o previsto no art. 2, carta rogatória em matéria civil, comercial, trabalhista ou administrativa, quando tenha por objeto: a) diligências de simples trâmite, tais como citações, intimações, citações com prazo definido, notificações ou outras semelhantes; b) recebimento ou obtenção de provas.

Ainda sobre esse tipo de carta, o art. 8º estabelece que apenas a ordem pública do país requerido escusará o descumprimento de um pedido realizado por meio da carta.

A carta rogatória deverá ser cumprida de ofício pela autoridade jurisdicional competente do Estado requerido, e somente poderá denegar-se quando a medida solicitada, por sua natureza, atente contra os princípios de ordem pública do Estado requerido. O referido cumprimento não implicará o reconhecimento da jurisdição internacional do juiz do qual emana.

Desse modo, as cartas rogatórias requerendo medidas tais como intimações, citações ou produção de provas em geral, como regra, devem receber o *exequatur* de ofício das autoridades competentes do Estado requerido, salvo se a natureza da medida contrariar a ordem pública local. Isto é, será objeto de análise apenas a medida requerida pela carta rogatória, não sendo examinado o mérito da ação ajuizada correspondente no país requerido ou mesmo que contrária à ordem pública local, o pedido veiculado na carta rogatória deve receber o *exequatur*.

Todavia, sem qualquer dúvida, a maior inovação do protocolo de Las Leñas é a previsão da possibilidade de execução da sentença estrangeira ou do laudo arbitral por meio de uma carta rogatória, razão pela qual, nesses



casos, a parte não é citada para defender o pedido, mas, sim, intimada para impugnar o cumprimento da carta rogatória. Ou seja, aplicando-se o protocolo, não será necessária a realização da homologação da sentença estrangeira desde que a mesma não ofenda à ordem pública.

O Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares de 1994 foi criado com o fito de facilitar e regulamentar o cumprimento das medidas cautelares destinadas a impedir danos irreparáveis e a assegurar a efetividade de processos judiciais em curso ou futuros, nos seguintes termos:

Art. 1. O presente Protocolo tem objetivo regulamentar entre os Estados Partes do Tratado de Assunção o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de não fazer.

Neste contexto, o protocolo assenta a possibilidade de reconhecimento de medidas cautelares concedidas por autoridades judiciais estrangeiras:

Art.4. As autoridades jurisdicionais dos Estados Partes do Tratado de Assunção darão cumprimento às medidas cautelares decretadas por Juízes ou Tribunais de outros Estados Partes, competentes na esfera internacional, adotando as providências necessárias, de acordo com a lei do lugar onde sejam situados os bens ou residam as pessoas objeto da medida. (Grifos nossos).

Aspecto importante do Protocolo é a possibilidade de o Juízo Rogado julgar e aplicar a sua lei na hipótese de ocorrerem modificações no curso do processo, o que possibilita maior flexibilidade e agilidade para garantir a eficácia das medidas cautelares, não se exigindo o retorno da carta rogatória para o Juízo Rogante com o comunicado da impossibilidade do cumprimento do instrumento.

Insta mencionar que a autonomia da cooperação cautelar é verificada porquanto a justiça rogada não se compromete com reconhecimento ou execução da sentença proferida no processo de origem.

O STJ vem-se posicionando no sentido de conceder a ordem para dar cumprimento em território nacional, às medidas cautelares decretadas no exterior versando sobre pensão alimentícia ou sequestro de ativos, entre outras situações. Note-se que a carta rogatória, no Mercosul, sofreu a elevação no seu *status* e grau de importância uma vez que por meio dela é possível a homologação da sentença estrangeira e o cumprimento de cautelares.

## 6. CRÍTICAS À LENTIDÃO

O procedimento das cartas rogatórias é um processo lento diante da necessidade do cumprimento de todas as exigências estabelecidas, notadamente para as demandas concernentes aos temas do Direito de Família.

Muitas cartas não obedecem aos trâmites legais e são declaradas como cumpridas, quando na verdade não o foram. É fácil imaginar que problemas como o que será relatado por meio da transcrição do relato de um pai em uma página na rede mundial de computadores sejam extremamente comuns:

Como a maioria aqui, sempre fui um pai presente, antes e depois da separação. Em 2003 fui surpreendido com o aviso de que a ex iria morar nos EUA (a primeira comunicação dela dizia que "estava pensando em ir"). Entrei com uma ação de mudança de guarda, na Vara de Família; antes da primeira audiência, ela entrou com um pedido de autorização de viagem, na Vara da Infância e Juventude. Com interferência de promotoras amigas dela, esposas de desembargadores pacientes dela (médica), total parcialidade de uma Assistente Social e covardia do Ministério Público, apesar de já haver o processo aberto por mim, a viagem foi autorizada. A juíza da Vara de Família, por seu turno, me tratou como réu da causa, e nos dois casos (infância e família) o meu advogado amarelou: não agravou nem apelou de nada; no primeiro porque a juíza era novata e amiga dele, no segundo ficou com medo de ser prejudicado em outros processos que tinha na mesma vara. A minha filha viajou, eu vi que a causa já estava perdida. O golpe de misericórdia nas minhas pretensões veio da psicóloga judiciária da Vara de Família, que para dar um manto de legalidade nisso tudo e para se dizer imparcial, solicitou que houvesse um estudo psicossocial na casa da minha filha, nos EUA! A juíza de família adorou e prontamente, sem discutir a real necessidade de uma medida que iria protelar *ad infinitum* o processo, determinou que fosse expedida uma carta rogatória, pedindo ao juízo de lá o tal estudo. Só para a tradutora oficial fazer a carta levaram seis meses. Até hoje não sei se a tal carta sequer saiu do Brasil.

Bem, é essa a história resumida. Os aborrecimentos de percurso, as artimanhas e as ilegalidades dos operadores do direito, não são novidades aqui nesse fórum, assim como a inutilidade de brigar contra elas. Minha filha já tem onze anos, foi envolvida nessa briga, mentiu sobre mim para os técnicos auxiliares, e não fala mais comigo, alegando que eu só quero o mal para a mãe dela.

Quem mandou, né? Pai bom é aquele que nem sabe o dia do aniversário da filha; aí todos- mãe e filha - ficam correndo atrás, como cadelinhas.

Um dos pontos mais criticados é exatamente o extenso caminho percorrido até chegar ao juízo em que será cumprida a diligência no país estrangeiro.

O art. 210 do Código de Processo Civil reza que “a carta rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade judiciária estrangeira por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de praticar-se o ato”.

Como já se disse, a primeira autoridade a conhecer a carta rogatória é a autoridade central, que no Brasil é exercida pela Secretaria Nacional de Justiça, pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI).

*Ab initio*, do instrumento deverá constar: I – a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; II – o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III – a menção do ato processual que lhe constitui o objeto; IV – o encerramento com a assinatura do juiz. (art. 202 do Código de Processo Civil).

Além disso, deve-se cumprir também o protocolo adicional à convenção interamericana sobre cartas rogatórias, incorporado à legislação brasileira por meio do Decreto n. 2.022, de 7 de outubro de 1996, que estabelece que são requisitos para a elaboração das cartas: a) cópia da petição com que se tiver iniciado o procedimento no qual se expede a carta rogatória, bem como sua tradução para o idioma do Estado-Parte requerido; b) cópia, sem tradução, dos documentos que se tiverem juntado à petição; c) cópia, sem tradução, das decisões jurisdicionais que tenham determinado a expedição da carta rogatória; d) formulário elaborado de acordo com o Modelo B do Anexo deste Protocolo e do qual conste a informação essencial para a pessoa ou autoridade a quem devam ser entregues ou transmitidos os documentos, e e) formulário elaborado de acordo com o Modelo C do Anexo deste Protocolo e no qual a autoridade central deverá certificar se foi cumprida ou não a carta rogatória.

O pedido é, então, encaminhado à Autoridade Central Brasileira (DRCI), que fará um juízo de admissibilidade quanto aos requisitos exigidos na legislação interna e no tratado específico. Se o pedido estiver em conformidade com o exigido será, então, encaminhado à Autoridade Central Estrangeira que o remeterá ao órgão competente para o cumprimento do pedido. Após o cumprimento o pleito é devolvido à Autoridade Central Estrangeira e, posteriormente, à Autoridade Brasileira.

Quando não houver nenhuma convenção estabelecida com o Brasil, a carta rogatória ainda carece receber o *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça, que é concedido ou não a partir dos requisitos formais estabelecidos na lei e em observação à ordem pública. Ocorre que não há mais espaço para

a longa e morosa tramitação por que passam as rogatórias perante o Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual os protocolos mencionados vêm sendo incorporados pelo referido tribunal.

Ao chegar ao Superior Tribunal de Justiça, a rogatória é registrada e a parte interessada no Brasil é intimada por meio de aviso de recebimento. Após o decurso do prazo para impugnar (cinco dias), a carta é encaminhada ao Procurador-Geral da República que proferirá o parecer. Após a juntada do parecer, os autos vão para a conclusão do presidente do Superior Tribunal de Justiça que decidirá pelo “cumpra-se” ou não.

O longo caminho percorrido não condiz com a velocidade na prolação de uma decisão judicial capaz de resolver conflitos postos em juízo, e, em especial sob a tutela do Direito de Família. É objeto de diversas discussões sociais, doutrinárias e parlamentares, pois se trata de direitos incapazes de suportar uma solução demasiadamente demorada, sob pena de se verem desrespeitadas as garantias básicas insculpidas na Constituição Federal como fundamentais.

Há que se mencionar que a tutela de urgência ganha contornos e cores muito mais vivas ante os valores que envolvem os litígios de família, sempre revestidos em questões que clamam por rápida solução, como a guarda e criação dos filhos, os alimentos, a culpa no desenlace, a integridade física e moral, a preservação e divisão dos bens, etc.

No âmbito do Direito de Família, o legislador criou a Lei n. 5.478/68, que dispõe sobre a Ação de Alimentos, e a Lei n. 11.804/08 dispondo sobre Alimentos Gravídicos, todos em proteção à maternidade e à infância, e no Código Civil de 2002 encontrou previsão para a Guarda Provisória, inserindo ainda no livro de Processo Cautelar deliberações específicas sobre a medida de Busca e Apreensão. Diante disso, é urgente que o legislador inove também no sentido de adequar os trâmites dos processos das famílias transnacionais às necessidades especiais que o Direito de Família requer para conferir efetiva prestação jurisdicional.

A mobilidade entre países e as trocas de informações viabilizadas pelos modernos meios de locomoção e o advento da internet e informática fizeram com que as famílias transnacionais ganhassem espaço e problemas que não são solucionados pelos meios obsoletos de cooperação internacional adotados pelo Brasil.

A exigência da concessão do *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça é um obstáculo que muitas vezes impede a tutela jurisdicional. É urgente a mudança acerca da necessidade de todas as cartas rogatórias do “*exequatur*” concedido pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que sem a presença de qualquer tratado, convenção ou protocolo.

Por último, é cabível mencionar que o Projeto de Lei que visa instituir o Novo Código de Processo Civil pugna pela existência de procedimentos

dotados de maior eficácia e menor complexidade, abolindo, criando e até aperfeiçoando institutos, com ênfase na efetividade processual, e buscando alcançar o voto constitucional por um processo efetivo e de razoável duração insculpida no corpo do artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, razão pela qual os procedimentos de cooperação internacional não podem fugir à tendência, impondo-se assim uma mudança radical para que sejam modernizados e prontamente adaptados para o imediato uso nos processos de Direito de Família.

## 7. ALIMENTOS E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

A primeira dificuldade a preocupar a comunidade jurídica internacional em matéria de relação entre pais e filhos após a Segunda Guerra Mundial foi a questão de alimentos, motivo pelo qual as convenções que versam sobre essa matéria precedem as convenções a respeito da proteção, posse e guarda, adoção e sequestro de crianças.

As demandas acerca de alimentos são, entre as ações judiciais em Direito de Família, das mais espinhosas. Cobrar alimentos no estrangeiro é um imenso desafio, para o qual se mostra indispensável à atuação conjunta dos Estados envolvidos, mediante acordos de cooperação nos planos jurisdicional e administrativo.

Não são poucos os episódios de brasileiros que residem no território nacional e têm direito ao crédito alimentício por parte de pessoas localizadas noutros países ou de pessoas que residem no Brasil e são devedoras de alimentos. Apesar da relevância do assunto e dos inúmeros casos concretos que envolvem a prestação de alimentos em plano internacional, o tema não é abordado com frequência em manuais de Direito Civil e de Direito Internacional Privado.

A Convenção sobre prestação de alimentos no estrangeiro foi celebrada em Nova Iorque, Estados Unidos da América, em 20 de julho de 1956, tendo o Brasil manifestado sua adesão ao tratado internacional em 31 de dezembro de 1956, após o que foi aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo n. 10, de 13 de novembro de 1958.

Quanto à Convenção Interamericana sobre obrigação alimentar, foi concluída na cidade uruguaia de Montevidéu, em 15 de julho de 1989, sendo posteriormente promulgada pelo Decreto n. 2.428 de 17 de dezembro de 1997.

O fato de o devedor transpor as fronteiras nacionais fazia com que a dificuldade da prestação alimentar se tornasse ainda maior. Surgia a dúvida de como solucionar esse problema, de maneira a tornar eficaz o direito a

alimentos, cujo reconhecimento, apesar das peculiaridades de cada país, é amplo.

Foram buscadas diversas soluções para este embaraçoso problema de âmbito internacional. Assim, podemos fazer a seguinte enumeração cronológica dos tratados multilaterais com vistas à regulamentação da prestação de alimentos no plano internacional: em 1929, surge o Código de Bustamante (Código de Direito Internacional Privado); em 1956, a Convenção sobre prestação de alimentos no estrangeiro (Nova Iorque) e a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações alimentares aos menores (Haia); em 1958, entra em vigor a Convenção relativa ao reconhecimento e execução das decisões em matéria de obrigações alimentares aos filhos menores (Haia); em 1962, a Convenção sobre a obtenção de obrigações alimentares (Oslo); em 1973, a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações alimentares (Haia); em 1989, a Convenção interamericana sobre obrigações alimentares (Montevideu) e em 1993, Convenção relativa ao reconhecimento e execução das decisões em matéria de obrigações alimentares aos menores (Haia).

Como visto acima, o primeiro instrumento internacional que abordou a matéria, ainda que de maneira superficial, foi o Código de Bustamante, aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 5.647, de 07/01/1929, promulgado pelo Decreto n. 18.871 de 13/08/1929.

Em suas disposições, a regra que estabelece o direito a alimentos é de ordem pública internacional (arts. 59 e 68), bem como a disposição de que o conceito de alimentos, a ordem de que deve ser prestado, a extensão do direito, montante, redução e aumentos estão sujeitos à lei pessoal do alimentando (art. 67).

De seu turno, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao Código Civil, de 1942, reformando a orientação anterior do Direito brasileiro, dispõe que as regras sobre começo e fim da personalidade, nome, capacidade e direitos de família são determinadas pela lei do país em que a pessoa for domiciliada.

Apesar da grande quantidade de casos concretos que envolvem alimentos no âmbito internacional por meio da formação de famílias transnacionais, poucas pessoas e poucos operadores do Direito sabem da existência dessas convenções, tampouco dos mecanismos por elas adotados. O desconhecimento da possibilidade de exigir alimentos de quem reside no exterior ou a situação inversa torna, em certa medida, socialmente ineficaz o conteúdo jurídico-social dos tratados em matéria de alimentos.

A temática dos alimentos no plano internacional tem feito surgir diversas iniciativas, das quais se pode destacar a Conferência de Haia para o Direito Internacional, que é uma organização intergovernamental composta por mais de cem países com o objetivo de uniformizar as regras de Direito Internacional Privado.

A 17ª Sessão desta Conferência concluiu pela finalidade de se criarem mecanismos de cooperação jurídica internacional em direito privado, notadamente nas questões que envolvem a infância.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação do relacionamento entre indivíduos em países diferentes acarretou na formação da chamada sociedade internacional, que se formou também devido às relações internacionais entre os Estados, atualmente apresentadas por meio de tratados, convenções e organismos.

Entretanto, não existem mecanismos disponíveis, rápidos e eficazes que acompanham a velocidade com a qual as pessoas hoje interagem entre si e constroem famílias transnacionais. As demandas oriundas dos problemas que emergem das relações no Direito de Família transnacional não estão sendo devidamente tutelados porquanto a morosidade dos instrumentos de cooperação internacional que o Brasil possui põe em discussão um direito de natureza fundamental e indisponível que espera ver-se, ao menos parcialmente, satisfeito no menor lapso temporal possível.

Temos que valorizar a capacidade do Juiz Monocrático que pode perfeitamente expedir para uma Comarca vizinha ou distante sua ordem para ser consumada a relação jurídica processual. Sua competência jurisdicional poderia ser contestada e apreciada se for o caso em grau de recurso, mas, se manter regras lentas e ultrapassadas para acelerar a prestação jurisdicional não podemos mais conceber na era da informática, onde se memoriza “nas nuvens” arquivos e a Justiça está toda andando de forma informatizada com os processos digitais.

Da mesma forma o autor como parte interessada pode, perfeitamente, por meio de seu advogado cumprir noutro país uma decisão local, estabelecida pelo Juízo Monocrático que pode analisar uma peça inicial e verificar com rigor se cumpre as regras processuais para o seu procedimento. A parte mais interessada numa lide é o autor, cabendo a esse o cumprimento do processo do estabelecimento do vínculo com a efetivação citatória ou intimatória da parte passiva. Tudo é mais fácil dessa forma e mais eficaz para a sociedade.

É imperioso um sistema eficaz em consonância com a modernidade para que se torne possível prestar a tutela jurisdicional de forma efetiva. Não é aceitável a morosidade do trâmite de uma carta precatória ou rogatória para instrumentalizar processos em que a dignidade da pessoa humana esteja em questão.

# DERROTABILIDADE DAS NORMAS-REGRAS (*LEGAL DEFENSEABILITY*) NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: ALVITRANDO SOLUÇÕES PARA OS *EXTREME CASES* (CASOS EXTREMOS)

Cristiano Chaves de Farias

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.  
Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito.  
Professor de Direito Civil do  
Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS.  
Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela  
Universidade Católica do Salvador – UCSal.  
Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

**Sumário:** 1. A propalada bipartição das normas jurídicas: as regras e os princípios. 2. A inexistência de hierarquia normativa entre princípios e regras. 3. Os princípios e a ponderação de interesses (balanceamento) aplicada no Direito das Famílias. 4. A aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de derrotabilidade (superabilidade ou *defeseability*) nos *extreme cases* (casos extremos). 5. A derrotabilidade das regras (superabilidade ou *defeseability*) nos *extreme cases* caracterizados no âmbito das famílias; 5.1. Derrotabilidade da regra que estabelece o impedimento matrimonial com base no incesto; 5.2. Derrotabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente; 5.3. Derrotabilidade da regra que estabelece a irrevogabilidade e irretroatividade da adoção. 6. Epílogo (à guisa de advertência). 7. Referências.

*Mire, veja: O mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam, verdade maior. É o que a vida me ensinou. Isso que me alegra montão.*

Guimarães Rosa, *Grande Sertão: Veredas*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Escrito em 1956, *Grande Sertão: Veredas*, do mineiro João Guimarães Rosa, é um dos mais relevantes livros da literatura lusófona. A título de curiosidade, em maio de 2002, o *Clube do Livro da Noruega* elegeu os cem melhores livros de todos os tempos, com um corpo de jurados composto por cem escritores de cinquenta e quatro diferentes países. *Grande Sertão: Veredas* foi o único livro brasileiro a integrar a lista dos cem melhores de todos os tempos do Clube do Livro da Noruega.



*Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo...*

*Eu quero dizer agora o oposto do que eu disse antes  
Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante...*

*Eu vou desdizer aquilo tudo que eu lhe disse antes  
Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo.*

Raul Seixas, *Metamorfose ambulante*, de Raul Seixas<sup>2</sup>

## 1. A PROPALADA BIPARTIÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS: AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS

Há um certo consenso doutrinário<sup>3</sup> (e, de certo modo, aceito também pela jurisprudência),<sup>4</sup> na contemporaneidade, de que as normas que compõem um ordenamento jurídico se bifurcam em normas-regras e normas-princípios, afastando a antiga visão de que os princípios teriam um papel meramente informativo (auxiliar ou aconselhativo).

De uma banda, os princípios<sup>5</sup> são proposições genéricas que informam uma ciência. Sua base valorativa. Na conhecida expressão de Robert Alexy, princípios jurídicos são “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.<sup>6</sup> Enfim, são *normas que*

---

<sup>2</sup>*Metamorfose ambulante* integrou o disco *Krig-há Bandolo!*, lançado em 1973. O sucesso estrondoso pode ser detectado pela inserção do aludido disco na *Lista dos Cem Maiores Discos da Música Brasileira*, promovida pela revista *Rolling Stones*, em 2007, alcançando a décima segunda colocação, demonstrando o vigor e atualidade musical do cantor e compositor. Com vasto conhecimento na área da Sociologia, Filosofia, Psicologia e História (o que se percebe, facilmente, de suas letras), o compositor soteropolitano expõe, em *Metamorfose ambulante*, os fatos sociais estudados pelo francês fundador da Sociologia moderna, Emile Durkeim. Após chamar os fatos sociais cotidianos de “*aquela velha opinião formada sobre tudo*”, Raul Seixas exterioriza uma visão de mudança (metamorfose), para demonstrar a necessidade de *não seguir, cegamente, os acontecimentos impostos ao cidadão pela sociedade*, de maneira suave e implícita na vida cotidiana. Absolutamente pertinente ao tema, agora, em estudo.

<sup>3</sup>A respeito, pelo pioneirismo, faça-se alusão, dentre outros, às obras de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p.1.159; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p.67-68; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p.224; CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*, cit., p.155.

<sup>4</sup>No julgamento de interessante caso, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal aludiu, expressamente, à força normativa dos princípios (notadamente dos princípios constitucionais) para reconhecer “o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana” (STF, Ac.unân.2ª T., RE 477.554 AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.8.11, *DJe* 26.8.11).

<sup>5</sup>Princípio deriva da linguagem geométrica, onde concerne às “*verdades primeiras*”, constituindo as premissas fundamentais de um sistema que se desenvolve *more geométrico*. Essa formulação é apresentada por Paulo Bonavides, que acrescenta, ainda, uma concepção de princípio oriunda da Corte Constitucional italiana, segundo a qual “se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico *aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico*”. *Curso de direito constitucional*, cit., p.255-257.

<sup>6</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 86.

*determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existentes.*

Em acréscimo, o constitucionalista alagoano Thiago Bomfim sublinha que “os princípios que hoje povoam o imaginário do Direito representam, em verdade, valores supremos para a realização humana, com um fundamento ético”.<sup>1</sup>

Com um simbolismo quase idílico, Marcos Jorge Catalan propõe uma compreensão dos princípios a partir de uma analogia:

Imagine-se na base da Cordilheira dos Andes, prestes a escalar o Monte Aconcágua, mais alto pico da América do Sul.<sup>2</sup> Superada a fase de preparação física, é essencial, para o sucesso do projeto, no mínimo, o material de alpinismo. Assim, principalmente nas escarpas e nas rotas negativas, a cada metro ou dois, será cravado na rocha um pino de sustentação, sem o qual a subida tornar-se-á deveras arriscada, pois, a qualquer momento, o alpinista pode desprender-se da rocha numa viagem fatal ao solo, empurrado pela força da gravidade. Princípios, assim, são fontes imediatas do direito na delicada operação de exegese do caso concreto que venha a ser submetido ao hermeneuta, que necessariamente deverá perpassar, em cada situação fática que se lhe apresente, por todo o sistema para que assim, por meio de uma análise axiológica sistemática, possa iniciar seu trabalho interpretativo com a certeza de atingir resultados seguros.<sup>3</sup>

São, portanto, as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico.

Em outras palavras: constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico. Daí a sua indubitosa importância no estudo das ciências jurídicas. Com isso, não se pode olvidar que os princípios são *enunciados com força normativa* e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade.

Hodiernamente, aliás, o estudo da principiologia ganha uma relevância ainda maior em razão do Texto Constitucional, que estabelece os princípios gerais interpretativos para todo o sistema, inclusive para as

---

<sup>1</sup>BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*, cit., p. 61.

<sup>2</sup>Por curiosidade, registre-se que o Monte Aconcágua (cuja tradução indica um sentido de *sentinela de pedra*), situado nas proximidades de Mendoza, na Argentina, Terra da uva malbec, com 6.960,8 metros de altitude, é, a um só tempo, o ponto mais alto das Américas, no hemisfério sul, e o mais alto fora da Ásia.

<sup>3</sup>CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual*, cit., p. 37.

relações privadas (abrangidos, nessa toada, o contrato, a propriedade e a família).<sup>4</sup>

A outro giro, as regras são relatos descritivos de condutas, com um conteúdo objetivo, certo e específico, a partir dos quais, mediante uma atividade de verdadeira subsunção, haverá o enquadramento de um fato cotidiano à previsão abstrata na norma atingindo-se um objetivo (conclusão almejada pela regra).

De fato, distintamente dos princípios (que possuem uma *textura aberta*), as regras estabelecem soluções apriorísticas, a partir de uma *textura fechada*, prescrevendo um comando imperativo. Não há espaço, pois, para um balanceamento, tão somente para uma aferição da validade da regra em relação ao sistema jurídico como um todo.

Novamente com Alexy, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.<sup>5</sup>

São, portanto, *mandados de definição* – e não de *otimização*, como os princípios.

Verticalizando, é de se notar que “*toda regra pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios*”.<sup>6</sup> Por isso, a interpretação e a aplicação de uma regra estão sempre balizadas pelos fundamentos dos princípios que inspiraram a edição dessa regra. Trata-se, notadamente, de um resultado determinado almejado pela regra, a partir da compreensão dos caminhos abertos pelos princípios.

E, talvez, por conta dessa determinabilidade *prima facie* das regras, tenha se pretendido submeter as regras a uma clássica assertiva, lacônica e objetiva: *an all or nothing*,<sup>7</sup> isto é, na aplicação das regras valerá a máxima do *tudo ou nada*, significando que se a regra é válida (= compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios norteadores daquela

---

<sup>4</sup>Sobre os princípios constitucionais e sua importância, inclusive para o Direito Civil, consulte-se ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, e PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>5</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p.90-91.

<sup>6</sup>BUSTAMANTE, Thomas. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.167.

<sup>7</sup>A expressão foi originariamente cunhada por Ronald Dworkin, em famoso ensaio datado de 1967 (*Is law a system of rules?*). In: SUMMERS, Roberto (Org.) *Essays in legal philosophy*. Berkeley: University of California, 1968, p. 38-65), sugerindo que as regras sejam normas que precisam ser cumpridas no modo “tudo ou nada”. Isto é, as “regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto de delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional de subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.351.

matéria), tem de ser aplicada efetivamente, mesmo que o resultado não seja razoável e socialmente adequado. Afinal de contas, uma norma-regra (com solução previamente definida) somente deixaria de ter aplicação concreta quando se mostrasse inválida – quando estivesse em rota de colisão com o sistema jurídico, aqui inseridos os princípios que lhe servem de norte para a edição e a aplicação.

Ilustrando o caminho até aqui pavimentado, pode-se exemplificar, no campo das relações familiares, com situações de fácil apreensão: ao estabelecer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, o comando do art. 226 da Constituição da República consagra uma *norma-princípio* (notadamente o princípio da *pluralidade das entidades familiares*), uma vez que há uma indeterminabilidade em seu conteúdo, cujo preenchimento será *casuístico*; distintamente, ao estabelecer as proibições de casamento (impedimentos matrimoniais), o art. 1.521 do Código Civil<sup>8</sup> estampa uma *norma-regra*, pois o seu conteúdo é *apriorístico*, já sendo possível antever o resultado a ser alcançado pela norma.

## 2. A INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA NORMATIVA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Talvez por conta da dimensão axiológica, da abertura, da abstração e da indeterminabilidade dos princípios, vem-se percebendo uma tentativa de diminuição da importância das regras para o sistema jurídico.

Já se chegou a afirmar, até mesmo, que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. *A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos.* É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremediável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”, consoante a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello.<sup>9</sup>

O reconhecimento da força normativa dos princípios, no entanto, não pode servir para amesquinhar as regras, colocando-as em plano de inferioridade ou relegando-as ao desprezo.

A indagação exsurge naturalmente, em meio à festejada supervalorização dos princípios: haveria uma preferência normativa por um

---

<sup>8</sup>Art. 1.521, Código Civil: “não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

<sup>9</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. . *Elementos de direito administrativo*, cit., p. 230.

determinado tipo de norma (no caso, os princípios), decorrendo um tipo prevalecente de aplicação da norma (a ponderação de interesses)?

A resposta há de ser negativa.

Malgrado a indiscutível relevância e força normativa dos princípios, não se pode sugerir que o sistema jurídico é, preferencialmente, principiológico, e, tampouco, que é um modelo regulatório prevalecente. Efetivamente, o ordenamento brasileiro, partindo da *Lex Fundamentallis*, adotou um modelo normativo dicotômico, lastreado em princípios e regras, cada uma cumprindo função própria e vocacionada para um determinado objetivo.

Aliás, registre-se que, sob o ponto de vista quantitativo (e, por evidente, não qualitativo), o sistema brasileiro é mais *regulatório* do que principiológico. Bastaria verificar as normas contidas na Constituição da República para se concluir, com segurança e convicção, que há um volume muito maior de regras do que de princípios.<sup>10</sup>

Essa opção sistêmica por um maior volume de regras é consentânea com um ordenamento que trilha as pegadas do *civil law* (direito codificado), eliminando – ou, pelo menos, diminuindo – os problemas com a aplicação da norma, diminuindo um despotismo judicial e uma incerteza normativa.

As normas-princípios possuem um conteúdo aberto que cumprem a relevante função de oxigenar o sistema, a partir de um grau de abstração e indeterminabilidade. A outro giro, as normas-princípios estabelecem soluções prontas e acabadas, precisas para a vida em sociedade. *Inexiste, pois, dentro de um mesmo plano hierárquico, prevalência entre os princípios e as regras*, cumprindo, cada uma delas, um papel específico e altamente relevante.

Com a inexcusável lição de Humberto Ávila: “as regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, da primazia de uma norma sobre a outra”.<sup>11</sup>

Nessa linha de intelecção, a outra conclusão não se pode chegar: a norma-regra não é afastada, sumariamente, pela norma-princípio. “Os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm uma função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável..., funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Daí se afirmar que

---

<sup>10</sup>Embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras: o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), o Título III (Organização do Estado), o Título IV (Organização dos Poderes), o Título V (Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), o Título VI (Tributação e Orçamento), o Título VII (Ordem Econômica), o Título VIII (Ordem Social), o Título IX (Disposições constitucionais gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são compostos, basicamente, de normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios”, como vem advertindo a nossa melhor doutrina, ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’”, cit., p. 4.

<sup>11</sup>ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’”, cit., p.5.

a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos”.<sup>12</sup>

Com efeito, uma regra, estabelecendo uma solução específica e concreta para um caso específico e concreto, somente não será aplicada se estiver em rota frontal de colisão com o Texto Constitucional (controle de constitucionalidade) ou se o seu conteúdo discrepa dos princípios norteadores do sistema. Ou seja, somente não se aplica a regra quando se mostrar *inválida*. Em se tratando de uma regra válida – e, por conseguinte, compatível com a Constituição e com os princípios inspiradores do próprio sistema – não se mostra técnico ou razoável negar-lhe aplicação para promover a interpretação casuística de princípios em um caso específico já previamente valorado pelo legislador.

Volvendo a visão para o Direito das Famílias, pode-se antever a impossibilidade de afastar a incidência da regra que proíbe a bigamia (CC, art. 1.521),<sup>13</sup> com o fito de, pretensamente, aplicar o princípio da multiplicidade das entidades familiares (CF, art. 226, *caput*).<sup>14</sup> No ponto, havendo uma específica regra no sistema jurídico (compatível com a Carta Constitucional e harmônica com os princípios norteadores da proteção familiar), não se pode invocar um princípio para negar a opção legislativa.<sup>15</sup>

E, em arremate, urge uma advertência: não se imagine com a leitura dessas linhas uma tentativa de desestímulo ou refreamento da força normativa dos princípios. Ao revés, pretende-se a valorização dos princípios como normas abertas, de solução casuística e com relevante função no sistema. Tão somente não se pode ignorar que as regras se inclinam, em meio a uma sociedade aberta, plural e multifacetada, a desempenhar a função de estabilizar conflitos e reduzir incertezas e arbitrariedades.

### 3. OS PRINCÍPIOS E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES (TÉCNICA DE BALANCEAMENTO) APLICADA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A natural abertura e plasticidade das normas-princípios trazem consigo, como consectário lógico, a possibilidade do estabelecimento de

---

<sup>12</sup>*Ibidem*

<sup>13</sup>Art. 1.521, Código Civil: “não podem casar: [...] VI – as pessoas casadas”.

<sup>14</sup>Art. 226, Constituição Federal: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

<sup>15</sup>Calha à perfeição as lúcidas palavras de Humberto Ávila: “os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, *quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada*. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional *quando ela for inconstitucional ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário*”, ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’”, cit., p. 6.

conflitos entre diferentes princípios,<sup>16</sup> quando de sua aplicação aos casos concretos.

Seguramente, os clássicos métodos hermenêuticos (critério da especialidade, da anterioridade e da hierarquia) se mostram insuficientes e pouco eficientes para dirimir tais colisões principiológicas, em razão do elevado grau de abstração, generalidade e indeterminação de cada um dos princípios em conflito.<sup>17</sup> E nessa ambiência surge, então, a *técnica de ponderação de interesses* para solucionar o entrelaço de diferentes normas-princípio, a partir de uma nova formulação.

Nessa arquitetura, a técnica de ponderação de interesses é uma verdadeira *técnica de decisão*, utilizada quando há colisão de princípios, importando, em nível prático, na superação à tradicional técnica de subsunção. Nesse ponto, bem explica Manoel Jorge e Silva Netto, partindo da premissa de que os valores impressos em um sistema são heterodoxos e muitas vezes conflitantes, que “a clássica operação de subsunção (premissa maior = enunciado normativo; premissa menor = fatos; consequência = aplicação da norma ao caso concreto) não é satisfatória para desvendar a solução mais adequada para a hipótese, simplesmente porque o sistema constitucional torna possível a escolha por duas ou mais normas que são conflitantes entre si”.<sup>18</sup>

Entenda-se: a ponderação dos interesses é uma técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana. Em linguagem simbólica, devem ser justapostas em uma balança imaginária as normas em conflito para que o princípio da dignidade da pessoa humana (espécie de “fiel da balança”) indique qual delas deve, em concreto, preponderar.<sup>19</sup> Daí se inferir que a ponderação de interesses é uma verdadeira *técnica de balanceamento*.

Encarnado em didático espírito, Luís Roberto Barroso descreve a utilização da técnica de ponderação de interesses em três etapas distintas:

---

<sup>16</sup>Explica Daniel Sarmiento que “longe de se limitar à normatização esquemática das relações entre cidadão e Estado, a Constituição de 1988 espraiou-se por uma miríade de assuntos, que vão da família à energia nuclear. Assim, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional. A ponderação de interesses assume, neste contexto, relevo fundamental, não apenas nos quadrantes do Direito Constitucional, como também em todas as demais disciplinas jurídicas”, SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p.23.

<sup>17</sup>Destarte, a ponderação é uma técnica de decisão que se presta, portanto, para solucionar conflitos estabelecidos no caso concreto “que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático ou teleológico) nem pela moderna hermenêutica constitucional”, nas palavras certas de Ana Paula de Barcellos (. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”, cit., p. 117).

<sup>18</sup>SILVA NETTO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 97-98.

<sup>19</sup>Para Daniel Sarmiento o método de ponderação de interesses explicita preocupação com o caso concreto em que eclode o conflito, “pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do ‘peso’ específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação”, SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p. 97. Disso não discrepa Fernando Gama de Miranda Netto: “a ‘lei da ponderação’ contém o seguinte enunciado: ‘o cumprimento de um princípio depende da importância do outro; o peso de um princípio não pode ser determinado de modo absoluto, pois o discurso apenas pode versar sobre os pesos relativos”, MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, cit., p.113.

Na *primeira etapa*, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas... A existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho para a ponderação.... Na *segunda etapa*, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos... Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. Até aqui, na verdade, nada foi solucionado, nem sequer há maior novidade. Identificação de normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam casos fáceis, sejam difíceis. É na *terceira etapa* que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção... Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso... Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade*.<sup>20</sup>

Vale projetar a compreensão efetiva da técnica de ponderação de interesses a partir de um exemplo prático no campo familiarista.

Nas ações de investigação de paternidade, a formação da coisa julgada impediria a propositura de uma nova ação, após ter sido julgada improcedente a primeira demanda investigatória ajuizada, quando são descobertas novas provas? Trata-se de típico exemplo de colisão de princípios constitucionais. De uma banda, a coisa julgada e, lado outro, o direito à perfilhação. A partir da ponderação de interesses impõe-se colocar os princípios conflitantes em uma balança imaginária e buscar a solução que respeite, com mais vigor, a dignidade humana. Pois bem, dirimindo a questão, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de que, ponderando os interesses, há de se permitir novas proposições de ações perfilhatórias, com base em novas provas:

[...] 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações,

---

<sup>20</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional Contemporâneo*, cit., p. 334-335.



bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.”

(STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 363.889/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 2.6.11, *DJe* 16.12.11)<sup>21</sup>

Não se imagine, entretanto, que a coisa julgada estaria amesquinhada ou reduzida em sua dimensão. Com a técnica de ponderação, um dos princípios colidentes terá a sua aplicação episódica e casuisticamente afastada, sem sofrer redução de relevância.

Outro exemplo de ponderação de interesses diz respeito à admissibilidade da prova ilícita, cuja utilização, no processo, está vedada por força do inciso LVI do art. 5º do Texto Constitucional, segundo o qual *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. A aplicação da técnica do balanceamento conduz, por mãos seguras, à admissibilidade excepcional da prova ilícita, sempre que o bem jurídico prestigiado sobrepujar o bem sacrificado, no caso, a privacidade. Dessa maneira, ilustrativamente, seria admissível a prova ilícita em uma ação de suspensão ou de destituição do poder familiar, protegendo integralmente a criança ou o adolescente (CF, art. 227).

Os princípios do Direito das Famílias, portanto, conquanto tragam consigo uma indubitosa *força normativa*, podem exigir uma ponderação (balanceamento) para a sua aplicação, em face de uma colisão estabelecida com outros princípios de idêntica altitude normativa. A técnica da ponderação de interesses exsurge, nesse cenário, como o mecanismo para concretizar uma efetiva solução para o caso.

---

<sup>21</sup>Outra não é a orientação que emana do Superior Tribunal de Justiça: “Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação, doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível, nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. [...] A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum” (STJ, Ac. 4º T., REsp. 226.436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 4.2.02, *RSTJ* 154:403).

#### 4. A APLICAÇÃO DAS NORMAS-REGRAS E A EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE DE DERROTABILIDADE (SUPERABILIDADE OU *DEFESEABILITY*) NOS *EXTREME CASES* (CASOS EXTREMOS)

Ao lado da indiscutível relevância dos princípios para o sistema jurídico, impõe-se registrar a importância das *normas-regras*.

Partindo da premissa de que *normas-princípios* e *normas-regras* são espécies do gênero *normas jurídicas*, é fácil perceber que o Direito Civil (e, via de consequência, o Direito das Famílias) está plasmado de ambas, com relevância inquestionável para a solução dos conflitos privados estabelecidos.

Reiterando-se, à exaustão, a inexistência de hierarquia entre os princípios e as regras, especialmente em face da ideia de *unidade da Constituição e das normas infraconstitucionais*, vale lembrar que o campo de atuação de cada uma é distinto: os princípios possuem um grau de abstração elevado, diferentemente das regras, que trazem soluções apriorísticas, previamente concebidas; os princípios, por serem abertos, reclamam atuação interpretativa do juiz, enquanto as regras são aplicáveis diretamente; e, finalmente, os princípios exigem ponderação (balanceamento) para o caso de colisão, quando há um eventual entrelaçamento de princípios de mesma hierarquia, ao passo em que as regras são aplicáveis pelo sistema do “tudo ou nada” (*an all or nothing*), preconizado, de há muito, por Ronald Dworkin.<sup>22</sup>

Pois bem, no campo das relações privadas, por evidente, as *normas-princípios* e as *normas-regras* são aplicáveis com idêntica relevância prática e teórica, como sói ocorrer em qualquer outra seara da ciência jurídica. Se uma convenção de condomínio estabelece que os condôminos devem ser tratados com urbanidade e respeito, há o estabelecimento de um princípio. Por outro turno, se uma outra cláusula da convenção dispõe que a piscina somente pode ser utilizada até um determinado horário, indiscutivelmente, trata-se de norma-regra. E, como se pode notar, ambas com a mesma importância para aquela relação privada.

Vê-se, pois, que as regras possuem um *conteúdo simples, almejando um resultado determinado e um caráter de definitividade*. Mas, não se olvide que a regra não perde o contato com os princípios que serviram para fundamentá-la quando de sua edição: “toda regra jurídica pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios feita pelo legislador”.<sup>23</sup> A norma-regra, portanto, deriva das opções ideológicas apresentadas pelos princípios, guardando compatibilidade.

---

<sup>22</sup>Para maior aprofundamento, veja-se ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 90-91.

<sup>23</sup>PECZENIK, Aleksander *apud* BUSTAMANTE, Thomas. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.157.

Contudo, a *especificação* e a *determinabilidade da norma-regra* podem gerar inconveniências para a aplicação da norma jurídica. Isso porque *trazendo consigo soluções apriorísticas, as regras* (válidas e compatíveis com o sistema jurídico) *podem, eventual e episodicamente, se colocar em rota de colisão com os ideais almejados pelo sistema jurídico como um todo.*

Isso porque, conforme a elegante percepção de Thomas Bustamante, “por mais que as regras estejam caracterizadas pela presença de um componente descritivo que permite a dedução (após sua interpretação) de um comportamento devido, elas *somente estão baseadas em um montante finito de informações e, apesar de isso não acontecer frequentemente, é sempre possível, pelo menos em tese, que informações adicionais tornem não-dedutíveis conclusões que o seriam na ausência dessas novas informações*”.<sup>24</sup>

Aqui, visualiza-se o que denominarei *extreme cases* (*casos extremos*).<sup>25</sup>

São casos raros, de pouco ocorrência prática e de difícil solução jurídica e social. Não se confundem com os *hard cases* (*casos difíceis*), aludidos pela doutrina, mostrando-se ainda mais complexos estruturalmente e ainda mais escassos.<sup>26</sup>

É o que Manuel Atienza, jusfilósofo da Universidade de Alicante, na Espanha, preferiu chamar de *casos trágicos*, uma vez que somente podem ser solucionados se for excepcionado o ordenamento jurídico como um todo. Para estes casos, “*não existe uma resposta correta*”, e eles “*não podem ser decididos senão ferindo o ordenamento jurídico*”.<sup>27</sup>

Para estes casos extremados é preciso delinear uma base de compreensão: não se trata de uma regra inválida (inconstitucional) ou incompatível com o sistema; ao revés, ela é válida e, *in these*, aplicável ao caso. Contudo, o seu comando normativo é incompatível com os contornos concretos do caso – que transcenderam e transpassaram o resultado almejado pela regra quando de sua elaboração pelo legislador. Enfim, a rara ocorrência da situação concreta faz com que a regra se mostre incompatível para incidir na hipótese.

A explicação de Luís Roberto Barroso é clarividente: “há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar”.<sup>28</sup>

<sup>24</sup>BUSTAMANTE, Thomas. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.162.

<sup>25</sup>Registro o imperativo agradecimento ao Professor Renato Salles, de Salvador(BA), que terminou inspirando o uso dessa nomenclatura.

<sup>26</sup>A expressão *hard cases* foi utilizada por Ronald Dworkin para designar os casos não cobertos por uma regra clara e específica, a determinar a sua solução (como devem ser decididos), DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 127. Entre nós, vem se emprestando a denominação para definir as situações para as quais “a dogmática não oferece solução unívoca imediata, dependendo de uma construção posterior, alicerçada em proposições que sejam juridicamente adequadas e admissíveis”, TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional brasileiro concretizado: hard cases* e soluções juridicamente adequadas, cit., p.51.

<sup>27</sup>ATIENZA, Manuel *apud* BUSTAMANTE, Thomas. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.163.

<sup>28</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.356.

E a técnica da ponderação de interesses, minudentemente vista alhures, não serve para a solução do problema. Aqui, não se trata de balanceamento de princípios, em face da existência de uma regra clara.

Surge, então, nessa arquitetura, com o intuito de emprestar efetiva solução para os *extreme cases*, a possibilidade de *derrotabilidade das regras*, também chamada de *superabilidade* ou *defeasibility*.

Com a *derrotabilidade da norma-regra* é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto.

Explica Humberto Ávila, com precisão cirúrgica:

Há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção ‘da finalidade subjacente à regra, nem a segurança jurídica que suporta as regras, em virtude da pouca probabilidade de reaparecimento frequente da situação similar, por dificuldade de ocorrência ou comprovação’.<sup>29</sup>

Também com clareza solar, a cátedra pioneira de Thomas da Rosa de Bustamante:

Pode haver razões para que se deixe de aplicá-las (as regras jurídicas) em certas situações especiais, o que permite sustentar que a incidência de uma norma sobre um caso concreto não garante sua aplicação (pois ela pode vir a ser excepcionada)... Muitas das condições para a *aplicação do Direito (background conditions)* permanecem implícitas (*unstated*), especialmente nos casos excepcionais onde a hipótese de incidência da norma é muito aberta em relação ao caso. Todo condicional jurídico está sujeito a exceções que surgem diante de um caso particular.<sup>30</sup>

Suplanta-se, assim, o “modelo ‘tudo ou nada’” (*an all or nothing*) de aplicação das normas-regras.<sup>31</sup>

Equivale a dizer: é possível uma decisão judicial individualizada e específica, *superando a norma regulatória*, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico (e que, em última análise, são perseguidos,

<sup>29</sup>ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p.117.

<sup>30</sup>BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, cit., p.476.

<sup>31</sup>Sobre o assunto, inclusive com estas referências, veja-se a feliz síntese de LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 150.

com toda convicção, pelas próprias normas-regras aludidas). É como se a norma-regra contivesse uma cláusula implícita em seu âmago, estabelecendo a sua obrigatória aplicação, “a menos que” uma situação extraordinária se concretizasse.<sup>32</sup>

Com isso, será possível fazer justiça no caso concreto, através do levantamento episódico e concreto da regulamentação decorrente de uma norma-regra (afastamento pontual da norma de regência), buscando uma fundamentação condizente com um ideal de *justiça social* (CF, art. 3º).

Até mesmo porque, cuidadosamente analisando, excepcionar a aplicação da norma-regra em um determinado caso *sub examine* pode se justificar em nome dos próprios valores perseguidos pelas regras – que serão episodicamente superadas, permitindo uma decisão paradigmática e referencial para os casos símiles.

Sublinhe-se, por oportuno, que a *derrotabilidade é da norma-regra e não do texto normativo*. Até mesmo porque não se pode confundir o texto normativo com a norma estabelecida: um único texto pode conter diferentes normas e as normas, por seu turno, podem emanar de diferentes textos.

No Direito inglês já se encontram precedentes judiciais, admitindo, expressamente, a tese da superabilidade.<sup>33</sup>

Entre nós, em nível de precedente vertical, nota-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora sem utilizar a expressão *derrotabilidade*, já teve ensejo de admitir a superação episódica de uma norma regulatória, apresentando solução casuística específica, determinando o trancamento de uma ação penal.<sup>34</sup> Noutro *extreme case*, o Pretório Excelso deliberou com clareza meridiana, permitindo o sequestro de verbas de um estado da Federação, sem preterição de preferência, em um caso anômalo. A fundamentação do *decisum* merece atenção:

---

<sup>32</sup>HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

<sup>33</sup>No caso “R. vs National Insurance Commissioner ex p. O’Connor” (1981 All E.R., 770), uma viúva que foi condenada por homicídio culposo do marido, não fez jus aos benefícios previdenciários deixados por ele, embora inexistisse na legislação de regência uma previsão expressa para a exclusão do benefício. No caso, criou-se uma solução para reconhecer que, embora a legislação aludisse, tão só, ao crime doloso, não se poderia “dar sustentação a direitos originados de ilícitos criminais praticados por seu titular (sem distinguir crimes dolosos ou culposos), BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, cit., p.478.

<sup>34</sup>“O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 7.703/PE (DJU 11.9.98, rel. Min. Marco Aurélio), considerou ser essa a hipótese e afastou, no caso concreto, a aplicação do art. 1º do DL 200/67 para conceder a ordem e trancar uma ação penal proposta contra ex-Prefeita. A questão era a seguinte. Determinado município contratou, sem concurso público, um garí por cerca de nove meses; posteriormente, o garí ingressou na justiça trabalhista exigindo um conjunto de direitos. A reclamação foi julgada improcedente pelo Juízo Trabalhista, que acolheu a alegação do Município de nulidade da relação por falta de concurso público e determinou a remessa de peças ao Ministério Público para responsabilização da autoridade que dera causa ao descumprimento da regra constitucional. Com fundamento nesses fatos, o Ministério Público propôs a ação penal em face da ex-Prefeita Municipal. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, considerou que o evento era insignificante, que a Municipalidade não teria sofrido prejuízo e que o fim da norma prevista no art. 1º do DL 200/67 não fora afetado e, por essas razões, determinou o trancamento da ação penal”, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.356.

Reclamação: sequestro de valores do Estado da Paraíba: alegação de desrespeito do julgado do Supremo Tribunal na ADIn 1.662 (Pleno, Maurício Corrêa, DJ 19.9.03): improcedência. Os fundamentos do ato reclamado, que determinou o sequestro de valores para pagamento de precatório oriundo de ação de cobrança ajuizada perante a Justiça comum estadual, não guardam identidade com o ato normativo invalidado pelo acórdão da ADIn 1662 (Instrução Normativa 11/97, aprovada pela Resolução 67/97, do Tribunal Superior do Trabalho), o que inviabiliza o exame da matéria na via estreita da reclamação.

[...] O Supremo entende, de modo uniforme, que cabe o sequestro unicamente se houver preterição ao direito de preferência, o que não se verificou no caso destes autos. [...] Daí por que, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste Plenário, eu haverei de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e como observa Carl Schmitt, as normas só valem para as situações normais.

[...] De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção, desaplicando-a, isto é, retirando da exceção. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso, o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.

(STF, Ac. unân. Tribunal Pleno, AgRegRecl. 3034/PB, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.9.06, DJU 27.10.06, p.31)

Ainda tratando dos precedentes verticais, por igual, o Superior Tribunal de Justiça já se utilizou, a toda evidência, da técnica da derrotabilidade das regras, sem, contudo, fazer uso da terminologia. Na espécie, a Corte afastou a exoneração de um servidor público que foi reprovado em estágio probatório por não ter alcançado a nota mínima na avaliação por uma (insignificante) diferença de, tão somente, 0,44177%. Superando a regra do edital do

concurso, o Tribunal Superior afastou a exoneração, malgrado reconheça a razoabilidade do critério utilizado. Confira-se:

[...] 3. Esta Corte Superior de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, têm admitido a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar, excepcionalmente, a razoabilidade e a proporcionalidade do ato praticado pela Administração.

4. A exoneração está calcada na reprovação no estágio probatório, porquanto não alcançado percentual mínimo de 80% (oitenta por cento), sendo o resultado efetivamente obtido de 79,55823%. *A diferença é de apenas 0,44177%, deveras ínfima e, portanto, incapaz de justificar a exoneração de cargo público, o que justifica o arredondamento.*

(STJ, Ac.unân. 5ª T., REsp 799.431/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.4.09, DJe 5.4.10)

Já no âmbito dos precedentes horizontais, há um interessante julgado, abraçando, expressamente, a teoria da *derrotabilidade da regra jurídica*, em matéria previdenciária. Veja-se:

Benefício de prestação continuada. LOAS. Renda *per capita*. Necessidade de se contrapor a regra legal em face de todas as circunstâncias do caso. Antinomia em abstrato vs. Antinomia em concreto. 'Derrotabilidade' do §3º do art. 20 da Lei 8.724/93.

1. Embora o STF já tenha reconhecido a constitucionalidade em tese do §3º do art. 20 da Lei 8.724/93, o requisito da renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, consideradas todas as circunstâncias do caso, *pode apresentar antinomia concreta em face de algum princípio constitucional ou regra implícita deste decorrente.*

2. *O reconhecimento dessa antinomia concreta gera a 'derrotabilidade' (defeasibility) da regra legal, mas não viola a autoridade da decisão do STF proferida na ADI 1.232/DF.*

3. Quando se resolve uma antinomia em abstrato, considera-se a norma desprezada para todas as demais hipóteses em que a norma se aplicaria...

[...] (TRF-1ª Região, Recurso JEF 2005.35007164388 – Goiânia, rel. Juiz Juliano Taveira Bernardes. Disponível em: [www.go.trf1.gov.br/institucional/turma\\_recursal/acordaos/2005](http://www.go.trf1.gov.br/institucional/turma_recursal/acordaos/2005))

Por evidente, a superabilidade das regras válidas diz respeito, basicamente, às situações imprevistas ou imprevisíveis quando da edição do enunciado normativo do seu texto. Ou seja, diante de um extreme case.

Efetivamente, não é possível imaginar a superabilidade em casos consolidados quantitativamente no cotidiano forense. Para casos corriqueiros (em que a regra se mostre inadequada por atingir os princípios) impõe-se utilizar outras técnicas de interpretação e de aplicação das normas. Um bom exemplo, inclusive, com aplicação no campo familiarista é a técnica

de *redução de significado das regras* (*reduction*).<sup>35-36</sup> Manejando essa técnica, permite-se estreitar a efetiva compreensão do *mandado de definição* pretendido pela conteúdo da norma-regra, diminuindo o seu campo de abrangência. Aqui não se trata de derrotar a regra, mas de interpretá-la.

Reitere-se à saciedade que a aplicação da tese da *derrotabilidade das normas-regras* somente se justifica em hipóteses nas quais a sua incidência nua e crua ao caso concreto venha a afrontar, a mais não poder, os princípios ou valores existenciais proclamados pelo próprio sistema (valores juridicamente consolidados). São os *extreme cases* (casos extremados) que, a toda evidência, se mostram de rara ocorrência concreta.<sup>37</sup> É dizer: nessas hipóteses, a excepcionalidade da situação ativa um fator de fundo (*background factor*) que impede a decorrência natural, que seria a previsão contida na regra.

Em casos tais, “supera-se, em concreto apenas, a norma regulatória, afastando-a episodicamente, permitindo uma decisão judicial baseada na coerência, homenageando os valores humanistas da Constituição da República”.

## 5. A DERROTABILIDADE DAS REGRAS (SUPERABILIDADE OU *DEFESEABILITY*) NOS *EXTREME CASES* CARACTERIZADOS NO ÂMBITO DAS FAMÍLIAS

Como não poderia ser diferente, o Direito das Famílias está plasmado por princípios e regras, cumprindo os seus papéis na avançada proteção da pessoa humana.

A norma *regulatória* familiarista quando válida é, presumivelmente, compatível com o Texto Constitucional e com o sistema jurídico, como um todo. Por conseguinte, deve ser aplicada aos casos concretos, subsumindo-se aos fatos por ela antevistos.

---

<sup>35</sup>“Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela com o emprego da técnica de *redução de significado* (*reduction*) de regras jurídicas válidas, por meio da qual se limita o raio de incidência de uma norma jurídica cujo significado literal é considerado muito amplo. Através da redução o tribunal reconhece uma exceção não-escrita à incidência da norma, ou seja, *realiza uma modificação na regra jurídica*”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, cit., p. 478.

<sup>36</sup>No Direito das Famílias, já se nota um interessante caso de redução de significado (*reduction*) operado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se da interpretação redutiva do art. 1.707 do Código Civil que estabelece a irrenunciabilidade dos alimentos, genericamente: “pode o credor não exercer, porém *lhe é vedado renunciar o direito a alimentos*, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. Apesar da redação generalista da regra codificada, a jurisprudência superior fixou o entendimento de que a renúncia aos alimentos entre cônjuges e companheiros é válida e eficaz, restringindo a irrenunciabilidade aos alimentos devidos aos incapazes. Note-se ilustrativamente: “[...] A renúncia aos alimentos decorrentes do matrimônio é válida e eficaz, não sendo permitido que o ex-cônjuge volte a pleitear o encargo, uma vez que a prestação alimentícia assenta-se na obrigação de mútua assistência, encerrada com a separação ou o divórcio.” (STJ, Ac.unân. 4º T., EDcl no REsp 832.902/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 6.10.09, DJe 19.10.09).

<sup>37</sup>Até porque se não fossem de caráter excepcional, já não mais justificariam a superabilidade episódica da norma-regra.



Todavia, não se pode ignorar a relevante possibilidade de utilização da teoria da *derrotabilidade (defeseability) das regras* nesse peculiar campo da ciência jurídica. Mesmo porque, nessa seara, a derrotabilidade pode se prestar a garantir o império da proteção da dignidade humana – valor máximo almejado pelo sistema constitucional – em casos específicos, de rara ocorrência e cuja solução concreta não será alcançada pelo uso das normas jurídicas do sistema (regras e princípios).

Aliás, como afirmado alhures, a rara ocorrência faz com que se tornem mais específicos do que os *hard cases*, se tornando verdadeiros *extreme cases*. Casos extremados pela improbabilidade de sua ocorrência, pela especificidade de seu conteúdo e pela dificuldade de solução.

Algumas hipóteses comprovam o raciocínio.

## 5.1. DERROTABILIDADE DA REGRA QUE ESTABELECE O IMPEDIMENTO MATRIMONIAL COM BASE NO INCESTO

Os impedimentos matrimoniais são proibições decorrentes da norma-regra de que determinadas pessoas possam contrair casamento. Enfim, é a “proibição de casar dirigida a uma pessoa em relação a outra predeterminada”, consoante a lição de Orlando Gomes.<sup>38</sup> São, portanto, entaves, obstáculos, impostos pela legislação, com o fito de limitar a natural faculdade de casar que é reconhecida às pessoas.

A propósito do caráter proibitivo dos impedimentos casamentários, vale observar a redação da regra contida no art. 1.521 do Código Civil, vazada em termos absolutos, ao afirmar “não podem casar”. E os incisos I a V do art. 1.521 estabelecem impedimentos matrimoniais decorrentes de relações parentais de consanguinidade (incisos I e IV). Assim, não podem casar: “I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante”.

Nos aludidos casos, estão presentes razões de natureza sanitária (saúde pública) e moral, obstando-se o casamento entre parentes em linha reta, ascendente ou descendente (esta relação é chamada, comumente, de *incesto*).<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup>GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 91. Disso não se afasta a doutrina argentina. Com o mesmo sentido, Jorge Oscar Perrino conceitua os impedimentos matrimoniais como “proibições legais fundadas em circunstâncias de fato ou de direito que obstam a celebração do matrimônio”. PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de familia*, cit., p. 339.

<sup>39</sup>Igualmente, Sílvio Rodrigues destaca ser justificável a proibição do incesto, de natureza eugênica, “pois enlaces dessa natureza podem, em virtude do atavismo, realçar defeitos e taras que se encontravam nos antepassados”, RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, cit., p. 41.

A proibição ao incesto é justificável normativamente. “Trata-se, pois, de uma norma-regra compatível com os valores constitucionais e com as diretrizes gerais do sistema de proteção do Direito das Famílias.” Em primeiro lugar, porque os estudos biológicos indicam uma alta probabilidade de malformações físicas e psíquicas das pessoas oriundas de relacionamentos entre parentes. Depois, por força da densidade da moral social (coletiva), também é estendido tal impedimento a vários modelos de parentesco.

Com a autoridade de seu invulgar conhecimento, Elisabeth Roudinesco promove interessante raciocínio explicativo, esclarecendo a necessidade de proibição do incesto, como uma “construção mítica”, “ligada a uma função simbólica. Ela é um fato de cultura e de linguagem que proíbe em graus diversos os atos incestuosos justamente por estes existirem na realidade. Permite igualmente diferenciar o mundo animal do mundo humano ao arrancar uma pequena parte do homem desse continuum biológico que caracteriza o destino dos mamíferos. Nessas condições, a família pode ser considerada uma instituição humana duplamente universal, uma vez que associa um fato de cultura, construído pela sociedade, a um fato de natureza, inscrito nas leis da reprodução biológica”.<sup>40</sup>

A psicanálise, lastreada nas lições de Sigmund Freud, em especial em seu *Totem e Tabu*, defende que a proibição do incesto é uma reação cultural, decorrente da necessidade de refrear o poderoso desejo de praticá-lo.<sup>41</sup> É o que se convencionou denominar de *complexo de Édipo* ou, noutra linha de pensamento, *Lei do Pai* (expressão utilizada por Jacques Lacan) para designar a primeira proibição imposta ao indivíduo, procurando estruturá-lo enquanto sujeito e proporcionando o acesso à linguagem e à cultura civilizada. A história, inclusive, relata diversos casos de incesto, como o do Imperador Nero, que nutria desejos sexuais por sua mãe e, por isso, buscou satisfazer-se com uma prostituta bastante assemelhada fisicamente à sua genitora. No Império Persa, é conhecida a relação incestuosa entre o Imperador Artaxerxes e as suas duas filhas.<sup>42</sup> Assim, a proibição ao incesto se apresenta, realmente, como um interdito cultural, enraizado primitivamente entre nós, como primeira proibição legal, limitando o desejo humano. Isto, aliás, parece tão certo que Gilberto Freyre, mesmo sem fazer qualquer menção à Psicanálise, em seu monumental *Casa Grande & Senzala*, narra a repulsa ao incesto também entre os povos primitivos de nossa Terra-Máter, havendo uma clara

---

<sup>40</sup>ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*, cit., p. 15-16.

<sup>41</sup>Demonstrando que a proibição ao incesto foi a primeira lei fundante e estruturante do sujeito e da própria sociedade, Freud registra: “onde existe uma proibição tem de haver um desejo subjacente... afinal de contas, não há necessidade de se proibir algo que ninguém deseja fazer e uma coisa que é proibida com maior ênfase (o incesto) deve ser algo que é desejado. Se aplicarmos essa tese plausível aos nossos povos primitivos, seremos levados à conclusão de que algumas de suas mais fortes tentações eram matar seus reis e sacerdotes, cometer incesto, tratar mal os mortos e assim por diante – o que dificilmente parece provável. E nos defrontaremos com a mais positiva contradição se aplicarmos a tese em que nós mesmos pareceremos ouvir com a maior clareza a voz da consciência. Sustentáramos com a mais absoluta certeza que não sentimos a mais leve tentação de violar nenhuma dessas proibições – o mandamento ‘não matarás’, por exemplo – e que não sentimos senão horror à ideia de violá-las”, *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, cit., p. 18-19.

<sup>42</sup>O Reinado de Artaxerxes, na Pérsia, começou no ano 465 a.C. e terminou em 425-4 a.C.

“restrição ao intercuro sexual, o totemismo segundo o qual o indivíduo do grupo que se supusesse descendente ou protegido de determinado animal ou planta não se podia unir a mulher de grupo da mesma descendência ou sob idêntica proteção”.<sup>43</sup>

Falando em incesto, como não lembrar das figuras míticas de Édipo e Jocasta, na Trilogia Tebana de Sófocles (o ciclo de mitos que tratam das sortes da cidade de Tebas e sua família real), narrando a propagação de efeitos do incesto na estrutura psicológica das pessoas envolvidas e a repugnância do meio social, trazendo luzes para a justificativa legal de proibição do incesto.<sup>44</sup>

Apesar da reprovação pela Lei Civil, o Direito Penal, em louvável posicionamento (em especial nos tempos atuais em que se apregoa o *Direito Penal mínimo*), não tipificou o incesto como crime, inexistindo sanção penal para a eventual ocorrência de relacionamento sexual entre ascendentes e descendentes.<sup>45</sup>

Postas essas ideias gerais, vale, então, encalamistrar uma hipótese pouco comum, mas crível. Se dois irmãos se conhecem e se casam, estabelecendo uma relação entre marido e mulher, sem a ciência do vínculo fraternal que os entrelaça, inclusive com decorrência de prole, haveria nulidade casamentária, por conta do impedimento nupcial, decorrente da fria e insensível aplicação da regra à hipótese vertente?

O caso é verídico, tendo ocorrido em terras espanholas. Vale a pena conferir a notícia:

É pelo direito a casar-e que os espanhóis Daniel e Rosa Moya Peña lutam agora. A residir na Coruña, estes irmãos, que há 35 anos iniciaram uma relação marital, conseguiram em 2010 que o Estado espanhol os reconhecesse a ambos como progenitores dos filhos que entretanto já são adultos. Foram décadas a lutar nos tribunais.

‘Se morrer, já podem herdar de mim. Legalmente são meus filhos e não

---

<sup>43</sup>FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala*, cit., p. 171.

<sup>44</sup>Em *Édipo Rei*, narra-se a tragédia estabelecida por um incesto, o casamento de uma mãe (Jocasta) com o próprio filho (Édipo). Inicia-se a peça com Laio, pai de Édipo, sendo avisado por um Oráculo que, se viesse a ter um filho, este seria o seu assassino. Por força disso, logo que Jocasta, sua esposa, deu à luz ao seu filho, Édipo, Laio confiou a um servo a missão de matá-lo. Tocado por extrema piedade, o servo, contudo, entregou a criança a estrangeiros, com o intuito de salvá-la. Assim, a criança foi criada por Pólibo. Já adulto, Édipo, em circunstâncias absolutamente banais, cumprindo a profecia, veio a matar Laio. Em seguida, tomando a rota de Tebas, Édipo vem a decifrar o enigma da Esfinge e, por isso, é aclamado rei pelos tebanos, desposando a viúva Jocasta, por acaso sua própria genitora. Segue-se, então, uma tragédia sobre a cidade: uma praga se abate sobre a região de Tebas, começando a grande tragédia de *Édipo Rei*. A colheita morre nos campos e hortas, os animais são improdutivos, as crianças doentes e os bebês em gestação definham, enquanto os deuses permanecem surdos a todos os apelos. Depois de saber que esses males que assolavam Tebas decorriam de um pecador que ali habitava, o Rei Édipo inicia uma busca insana por conhecê-lo, para matá-lo e restaurar a bonança. Apesar de insistentemente não querer ver, descobre, casualmente, a verdade de sua vida, completando o horror da situação. Surgindo a verdade, Jocasta não espera pelo desfecho e, chegando ao palácio antes de Édipo – que a seguia com o que parecia uma intenção assassina – vem a se enforcar, em suicídio. Arrancando os broches de ouro do vestido dela, Édipo golpeia seguidamente os seus olhos, fazendo o sangue correr pela face da mãe-esposa. “Como pode olhar para o mundo, agora que consegue ver a verdade?” Revela-se, de certo modo, a intenção da peça: *por mais seguro que um homem possa se sentir, mesmo sendo rico, poderoso e afortunado, ninguém pode se sentir seguro de escapar de um desastre; não é seguro chamar qualquer pessoa de feliz...*

<sup>45</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Famílias*, cit., p.298.

sobrinhos', congratulou-se Daniel em declarações ao jornal espanhol *El País*.

A história do amor destes irmãos já foi levada aos ecrãs espanhóis no filme *Más que Hermanos*. Sinopse: Dani cresce com a irmã e a mãe, cuja traumática separação leva à institucionalização de alguns dos sete filhos. Rosa cresce num orfanato. Em 1977, divertia-se com as amigas numa discoteca de Madrid quando um desconhecido a convida para dançar. Recusa. Duas semanas depois, o acaso volta a juntá-los. Apaixonam-se. Seis meses depois reparam na coincidência dos apelidos. Confrontados os registos de nascimento verificaram que os pais eram os mesmos. Separaram-se. Na altura, o incesto ainda era crime. Cinco meses depois, concluíram que não conseguiam manter-se afastados. Assumiram a conjugalidade. As resistências que tiveram de furar não são alimentadas apenas por questões morais." (Disponível em: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/lei-portuguesa-nao-penaliza-amor-entre-irmaos-1547025>)<sup>46</sup>

Ora, se a regra proibitiva do incesto é constitucional e compatível com o sistema jurídico, não há como se negar a aplicá-la (*an all or nothing*). O caso, portanto, seria de um casamento nulo, embora contraído de boa-fé – o que permitiria a projeção de alguns efeitos, a partir da caracterização como casamento putativo.<sup>47</sup> A relação afetiva, contudo, inexoravelmente, estaria desfeita, sem a possibilidade de se manter o núcleo familiar constituído. E, no particular, note-se que, inclusive, com a decorrência de prole.

Lado outro, se a concepção de família é de *possibilidade de convivência*, salto aos olhos que, na hipótese prospectada, não se justifica invalidar a relação casamentária estabelecida entre irmãos (que não conheciam tal condição) e que, posteriormente, efetivaram um núcleo familiar, centrado em solidariedade, respeito e afeto. A toda evidência, sacrificar essa comunhão de afetos estabelecida nesse caso seria um golpe no próprio sistema jurídico, que estabelece *especial proteção para os núcleos afetivos*. Até porque, ao proceder assim, estar-se-ia utilizando a regra (CC, art. 1.521, estabelecendo a proibição do incesto) para sacrificar os valores perseguidos pelo sistema jurídico como um todo e, particularmente, por ela mesma.

O que se pretende com a proibição de incesto é evitar um prejuízo para a convivência familiar (por conta dos potenciais efeitos deletérios),

---

<sup>46</sup>Caso assemelhado foi detectado na Alemanha: "Patrick Stuebing, 29 anos, e Susan Karolewski, 23, vivem num pequeno apartamento nos arredores de Leipzig, na antiga Alemanha Oriental, e parecem um casal como qualquer outro. A normalidade é só aparente: Patrick e Susan são irmãos e amantes. Há seis anos vivem como marido e mulher, têm quatro filhos..." "Muita gente desaprova, mas nós não estamos fazendo nada errado", diz Patrick. Na semana passada, o casal anunciou que apresentará um recurso à Suprema Corte da Alemanha para que possa constituir legalmente uma família. Pela lei alemã, o sexo entre irmãos pode ser punido com até três anos de prisão. No Brasil, o casamento entre irmãos é proibido, mas não é crime manterem relações sexuais, desde que sejam maiores de dezoito anos", Disponível em: [http://veja.abril.com.br/140307/p\\_092.shtml](http://veja.abril.com.br/140307/p_092.shtml).

<sup>47</sup>Art. 1.561, Código Civil: "embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão."

mas não sacrificar uma comunhão de vidas formada entre irmãos que, sequer, conheciam essa condição. Por isso, “o caso seria de superabilidade (derrotabilidade) da regra proibitiva do incesto, afastando a norma específica e reconhecendo, casuisticamente, a validade e a eficácia do matrimônio”.

Adverta-se, por oportuno: não se imagine, com isso, que o impedimento matrimonial decorrente da proibição de incesto estaria sendo afrontando ou eliminado do sistema jurídico; apenas e tão somente, será superado no caso concreto, por meio da *derrotabilidade (defeseability)*, para privilegiar as circunstâncias específicas de um verdadeiro *extreme case*.

## 5.2. DERROTABILIDADE DA REGRA QUE ESTABELECE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO EM FAVOR DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

O direito real de habitação é a garantia reconhecida ao cônjuge ou ao companheiro (e, por óbvio, extensível ao parceiro homoafetivo) de continuar residindo no imóvel, de natureza residencial, que, durante a convivência, servia de lar para o casal, após a morte de um dos componentes de uma sociedade afetiva, independentemente de ter direito meatório ou sucessório sobre o bem e independentemente do regime de bens.

Trata-se de um direito real sobre a coisa alheia, vitalício. Um verdadeiro subtipo de usufruto: *um usufruto para fins de moradia*,<sup>48</sup> enquanto o cônjuge (ou o companheiro) viúvo estiver vivo.

O Código Civil, no art. 1.831, reconhece, expressamente, o direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente.<sup>49</sup> Já o direito real de habitação do companheiro supérstite decorre da incidência do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/96,<sup>50</sup> que não foi revogado pela superveniência omissiva da Lei Civil. De fato, um caso típico de silêncio não eloquente, conforme o correto e majoritário entendimento da doutrina e a orientação da jurisprudência superior.<sup>51-52</sup>

---

<sup>48</sup>“No campo dos direitos reais de fruição, a menor amplitude quantitativa concerne ao direito real de habitação. É uma espécie do gênero direito de uso. Como se extrai da própria nomenclatura, cuida-se de direito real de uso limitado à habitação, pois, além de incessível, não admite qualquer forma de fruição”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: Reais, cit., p. 856.

<sup>49</sup>Art. 1.831, Código Civil: “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.”

<sup>50</sup>Art. 7º, Parágrafo Único, Lei n. 9.278/96: “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

<sup>51</sup>Nessa esteira, Maria Berenice Dias reconhece que “persiste o direito real de habitação na união estável por força do dispositivo legal não revogado (Lei n. 9.278/96, art. 7º, Parágrafo Único)”. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 176. Na mesma direção, veja-se o Enunciado 117 da Jornada de Direito Civil: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, ‘caput’, da CF/88.”

<sup>52</sup>“Direito Civil. Sucessão. Direito real de habitação. Companheiro sobrevivente. Possibilidade. Vigência do art.

A finalidade das regras que estabelecem o direito real de habitação em favor do cônjuge ou do companheiro sobrevivente é dúptica: garantir uma qualidade de vida ao viúvo (ou viúva), estabelecendo um mínimo de conforto para a sua moradia, e, ao mesmo tempo, impedir que o óbito de um dos conviventes sirva para afastar o outro da residência estabelecida pelo casal.

Bem por isso, com esse específico fim, o direito de habitação independe do direito à meação (submetido ao regime de bens) e do direito à herança. Ou seja, mesmo que o cônjuge (ou companheiro) sobrevivente não seja meeiro e não seja herdeiro e, por conseguinte, mesmo que não tenham qualquer direito sobre o aludido imóvel, terá assegurado em seu favor o direito de ali permanecer residindo, enquanto vida tiver.

A regra é visivelmente *protecionista*, portanto.<sup>53</sup>

Pretende impedir uma quebra de razoabilidade em casos corriqueiros de famílias reconstituídas. Assim, obsta-se, e.g., que os filhos do falecido cônjuge ou companheiro (quando não forem descendentes da viúva) venham a retirá-la do imóvel em que residia, em um momento tão doloroso, causando uma situação de verdadeira penúria afetiva e material. A regra, portanto, tem um pano de fundo protetivo, mostrando-se válida e compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios dos quais deflui.

Todavia, conquanto a regra se mostre válida, uma distorção prática pode decorrer do reconhecimento do direito real de habitação. Basta imaginar uma pessoa que faleceu, deixando filhos menores de um primeiro casamento, a quem prestava alimentos para a sobrevivência, e a viúva (ex-cônjuge ou ex-companheira) e deixando, tão somente, um único apartamento – que havia adquirido anteriormente à relação afetiva e onde residia com a consorte. Embora os filhos tenham o direito hereditário sobre o imóvel, adquirindo-o automaticamente pela regra sucessória (*droit de saisine*, transmissão automática prevista no art. 1.784 do Código de 2002), a viúva continuará nele residindo até que venha a falecer. Pior, continuará residindo *mesmo que constitua uma nova relação afetiva*, podendo, até mesmo, levar o seu novo parceiro para residir com ela no imóvel (que, efetivamente, pertence aos seus enteados que, inclusive, podem estar à míngua, até porque quem contribuiu para o seu sustento, já está morto...).

---

7º da Lei n.9.278/96. Recurso improvido. 1. Direito real de habitação. *Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96. Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3ª T., julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012.* 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB). 3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. 4. Recurso improvido.” (STJ, Ac.unân. 4ª T., REsp 1.156.744/MG, rel. Min. Marco Buzzi, j. 9.10.12, DJe 18.10.12).

<sup>53</sup>É unânime o entendimento doutrinário: “é que a intenção manifesta do legislador – via direito real de habitação – não é punir ou suprimir direitos do cônjuge sobrevivente, *mas sim, proteger os membros da família, assegurando-lhes o direito de habitação*”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p.227.

A situação pode ganhar contornos ainda mais dramáticos: imagine-se, agora, que a viúva, inclusive, possui um imóvel, que tinha antes da relação, e que está alugado, uma vez que passou a residir no imóvel do falecido, quando se estabeleceu o relacionamento. Nessa hipótese, torna-se um drama próximo ao absurdo: a viúva, que possui um imóvel residencial próprio, alugado, permanecerá residindo no bem que servia de lar para o casal, enquanto os filhos (legítimos proprietários) ficam privados do exercício de seu direito, enquanto ela estiver viva, mesmo que constitua uma nova relação afetiva...

Trata-se, a toda evidência, de um *extreme case*. Não se trata de um caso comum, corriqueiro, mas, seguramente, factível.

Para a solução dessa hipótese, a razoabilidade e o natural senso de justiça distributiva (*lembrando a máxima “dar a cada um o que é seu”*) sinalizam para a *derrotabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação*, permitindo, então, uma solução adequada e casuística.

Não significaria uma recusa peremptória e definitiva de reconhecer e aplicar a regra do direito real de habitação em favor de pessoas viúvas, em relação ao imóvel que serviu de lar para o casal. Trata-se, episódica e casuisticamente, de *superar, derrotar, a norma-regra, garantindo o império dos valores almejados pelo sistema* (nessa hipótese, proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente).

### 5.3. DERROTABILIDADE DA REGRA QUE ESTABELECE A IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE DA ADOÇÃO

A regra esculpida no art. 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente é clara, ao proclamar a irrevogabilidade e a irretroatabilidade da adoção em nosso ordenamento jurídico:

Art. 39 [...]

§ 1º A adoção é medida excepcional e *irrevogável*, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

De fato, os efeitos decorrentes da decisão judicial que defere a adoção têm de ser *irrevogáveis* e *irretroatáveis*,<sup>54</sup> evitando uma instabilidade familiar

---

<sup>54</sup>A jurisprudência vem sendo firme nesse sentido: “adoção. Revogação. Impossibilidade. De acordo com o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é ato irrevogável, não podendo, depois de concretizada, ficar ao alvedrio daqueles que reconheceram espontaneamente o filho. Motivos de arrependimento e ingratidão por parte do adotado não servem, *data venia*, como fundamento ao presente pedido. Recurso improvido” (TJ/RJ).

ou uma fraude sucessória. Com isso, a superveniência da morte do adotante não afetará a relação paterno-filial estabelecida pela sentença de adoção, transitada em julgado (ECA, art. 49), não gerando um restabelecimento do poder familiar anterior.<sup>55</sup>

Por idêntica lógica, a recíproca há de ser verdadeira. E, com isso, o óbito do adotado não afeta o vínculo de parentesco estabelecido pela adoção.

Nessa ordem de ideias, a superveniência de morte do adotante implica em reconhecimento do direito sucessório do filho adotado, sem qualquer distinção com outros filhos, biológicos ou não, conforme assegurado pela norma constitucional.<sup>56</sup> E, reciprocamente, a morte do filho adotivo, sem deixar descendentes, implica em direito sucessório para os adotantes.

Há lógica: “por estar sendo formada uma família, por estar sendo concebido um filho através da adoção, por ser este filho idêntico a qualquer outro, já que filho, o legislador, disciplinou ser irrevogável a adoção. O filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda a vida e até depois dela; não poderia ser diferente com relação à adoção... *Rompido o vínculo de parentesco com a criação de um vínculo novo, aquele não mais se restabelece*”.<sup>57</sup>

Enfim, *a adoção é para sempre* – e não poderia ser diferente.<sup>58</sup>

A situação gera uma conclusão inexorável: com o regular trânsito em julgado da decisão que deferiu a adoção, um eventual desligamento do vínculo paterno-filial estabelecido judicialmente, entre o adotante e o adotado, somente será possível por uma nova decisão judicial, a ser proferida, agora, em uma ação de destituição do poder familiar, nos casos previstos em lei, respeitado o devido processo legal.

Dúvida inexistente, assim, de que a regra da irrevogabilidade da adoção é válida. Além de compatível com o Texto Magno (notadamente com o seu art. 227 que assegura a proteção integral infantojuvenil), também se concilia, visivelmente, com os princípios norteadores do Texto Estatutário.

Vale, então, prospectar uma hipótese, fazendo alusão a um interessante caso dirimido pela Corte de Justiça mineira – que autorizou o cancelamento de uma adoção, com o propósito de impedir uma relação incestuosa entre o adotado e a sua irmã, uma filha do adotante e, como consequência, a nulidade do casamento, do qual já tinha decorrido, inclusive, filhos.

---

Ac.11ª Câmara Cív., ApCív.2004.001.11029, rel. Des. José C. Figueiredo, j. 16.6.04).

<sup>55</sup>Art. 49, Estatuto da Criança e do Adolescente: “a morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais”.

<sup>56</sup>“A condição de herdeiro em representação ao pai pré-morto é decorrência natural da filiação constituída por sentença que deferiu a adoção *post mortem*, já transitada em julgado” (TJ/RS, Ac.7ª Câmara Cív., AgInstr.70012153995, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.7.05).

<sup>57</sup>BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”, cit., p.189.

<sup>58</sup>Bem por isso, o art. 41 do Estatuto Menorista estabelece o desligamento dos vínculos biológicos como efeito da adoção: “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, *desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais*.”



O caso chama a atenção. Uma garota foi adotada, quando criança, pela prima de sua mãe biológica. A adotante já tinha dois filhos biológicos e a adotada continuou convivendo com a sua avó materna e se relacionando com os novos irmãos com um vínculo idêntico ao que já tinham anteriormente. Isto é, não se estabeleceu uma relação fraterna. Posteriormente, a adotada passou a conviver maritalmente com um deles, inclusive advindo filhos desse relacionamento afetivo – o que motivou o pedido de cancelamento da adoção, na medida em que o casal era composto por dois irmãos (adotivos), pais de um filho. O Pretório de Minas Gerais, excepcionando a regra da irrevogabilidade, deferiu o pedido de cancelamento da adoção, restabelecendo o vínculo biológico.

Consta da fundamentação do acórdão:

Trata-se de realidade fática – singular, diferenciada e especialíssima – cujo exame exige cautela e ponderação, porquanto envolve valores ético-constitucionais, impendendo exarar que ‘as disposições legais não esgotam todo o conteúdo da tutela da personalidade humana, surgindo aspectos que não encontram proteção nas normas legais existentes’, como ensina Sílvio Romero Beltrão... Poder-se-ia, simplesmente, negar provimento ao recurso, ao singelo argumento de que “a adoção é irrevogável”, aplicando-se a regra legal. Tem-se, de um lado, o texto letárgico e indiferente da lei, que estabelece a irrevogabilidade da adoção; de outro, prerrogativa fundamental, atinente à dignidade da pessoa humana, cuja peculiaridade e especificidade, do caso concreto, recomenda (ou melhor, exige) a análise sob inspiração hermenêutico-constitucional, com engenhosidade intelectual, social e jurídica, a fim de se alcançar o escopo magno da jurisdição: a pacificação social.

Cuida-se, a mais não poder, de uso da *derrotabilidade das normas-regras*, superando-se, episódica e casuisticamente, a regra geral do sistema (que continuará sendo – e não pode ser diferente – a irrevogabilidade da adoção). Apenas excepcionou-se a regra em um caso justificável (*extreme case*) para o amplo respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial à dignidade humana.

O precedente merece referência:

Adoção. Elementos e circunstâncias dos autos. Direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Cancelamento do ato. Possibilidade jurídica do pedido em abstrato, no caso concreto. Interpretação teleológica/sociológica. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Teoria da concreção jurídica. Técnica da ponderação. Situação fático-social. Criança. Proteção integral, com absoluta prioridade. Sentença anulada. Recurso provido.

Tem-se conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés da tutela.

Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança advinda de relacionamento ‘aparentemente’ incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios.

(TJ/MG, ApCív.1.0056.06.132269-1/001(1) – comarca de Barbacena, rel. Des. Nepomuceno Silva, j.6.12.07, DJMG 9.1.08, p.5)<sup>59</sup>

Infere-se, pois, que nenhuma norma-regra pode impedir eventuais exceções, em casos concretos, justificados. Assim, em casos raros, pontuais e especiais (*extreme cases*), será possível o cancelamento da adoção e o restabelecimento do poder familiar com a intenção de resguardar os interesses existenciais (jamais para fins patrimoniais) e a dignidade do próprio adotado.

## 6. EPÍLOGO (À GUIA DE ADVERTÊNCIA)

Em arremate, resta certo e incontroverso que a inexistência de hierarquia (quantitativa ou qualitativa) entre as regras e os princípios, faz surgir a necessidade de compreender as particularidades e idiosincrasias de cada uma destas categorias de normas jurídicas.

Os princípios (*mandados de otimização*, com conteúdo aberto e solução casuística) podem ser balanceados, para garantir a unidade e coerência do sistema jurídico. Jamais, contudo, podem ser *derrotados* ou *superados* por não estabelecerem, em seu conteúdo, uma hipótese clara e específica de incidência, até mesmo em razão de seu alto grau de abstração.<sup>60</sup>

As regras (que são *mandados de definição*), por seu turno, submetem-se à *superabilidade* ou *derrotabilidade*, com o propósito de viabilizar uma solução efetiva e eficaz para os *extreme cases* (casos extremados), nos quais

<sup>59</sup>O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, igualmente, já possui um precedente, marcado pelo mesmo caráter de excepcionalidade: “Adoção. Revogação. Possibilidade em casos excepcionais. Tal excepcionalidade configura-se bem no caso concreto, onde o vínculo legal jamais se concretizou no plano fático e afetivo entre adotante a adotada, uma vez que esta nunca deixou a convivência de seus pais sanguíneos. Adoção que nunca atingiu sua finalidade de inserção da menor como filha da adotante.” (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., ApCív. 70003681699 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.2.02).

<sup>60</sup>“Os princípios são normas cuja institucionalização é *parcial* (já que falta a determinação dos comportamentos concretos que se seguem dessas normas) e, por conseguinte, não podem ser superados porque não estabelecem nenhuma hipótese de incidência”. BUSTAMANTE, Thomas. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.153.

a aplicação fria e insensível da norma-regra conduziria a um aniquilamento irreversível dos objetivos almejados pelo sistema jurídico.

Sem dúvida, a admissibilidade da *derrotabilidade das regras*, ainda que em caráter excepcional, autoriza a prolação de uma decisão *contra legem* – sem eufemismo ou puritanismo. O fundamento, porém, desse permissivo de decisões contrárias à norma jurídica é, curiosamente, o mesmo que embasa o respeito às normas jurídicas: a decisão *contra legem* é admitida quando necessária para que a aplicação de uma regra não afronte os valores que justificaram a sua elaboração.

E, de um jeito ou de outro, *se mostra inevitável admitir a existência de decisões ‘contra legem’ em qualquer estado constitucional de Direito*. E, como pondera Thomas Bustamante, “a prática jurídica, por certo, é também sensível aos argumentos que predominem no discurso filosófico sobre a argumentação *contra legem*”.<sup>61</sup>

Até porque, como já dizia Tito Lívio, desde priscas eras, “nenhuma lei se adapta igualmente bem a todos”.<sup>62</sup>

Enfim, é o *sistema jurídico sempre mudando*, posto que não está pronto e acabado, adaptando-se às necessidades impostas pela vida – que é muito mais ampla – e melhor! – do que o Direito. Como uma verdadeira *metamorfose ambulante*...

## 7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’. *Revista eletrônica de Direito do Estado – REDE*. Salvador, n. 17, jan./mar. 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

---

<sup>61</sup>BUSTAMANTE, Thomas. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.177.

<sup>62</sup>Tito Lívio (59 a.C-17 d.C) nasceu em Pádua, na Itália, e foi pesquisador e historiador latino. *História de Roma* integrou a sua grande obra *Ab Urbe condita libri* (*Desde a fundação da cidade*), composta por cento e quarenta e dois livros, dos quais apenas trinta e cinco conseguiram chegar até os nossos dias.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Logo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, n. 37, jul./dez. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed., São Paulo: RT, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Is law a system of rules?*. In: SUMMERS, Roberto (Org.). *Essays in legal philosophy*. Berkeley: University of California, 1968.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Parte geral e LINDB*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Reais*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Famílias*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala*. 49. ed. São Paulo: Global, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. *Direito de família – Aspectos polêmicos*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. II.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, t. I.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: Direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*. São Paulo: Método, 2006.



# FAMÍLIAS MOSAICO, SOCIOAFETIVIDADE E MULTIPARENTALIDADE: BREVE ENSAIO SOBRE AS RELAÇÕES PARENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE

Marianna Chaves

Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra.  
Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa.  
Diretora de Relações Internacionais do IBDFAM-PB.  
Vice- Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo da OAB/PB.  
Consultora Jurídica.

**Sumário:** Introdução. 1. Breves notas sobre pluralidade e felicidade no âmbito das famílias. 2. Parentesco; 2.1 Parentesco por afinidade?; 2.2 Parentesco socioafetivo. 3. Condições de reconhecimento. 4. Filiação biológica e socioafetiva são excludentes? 5. Jurisprudência. 6. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

A família foi uma das instituições jurídicas e civis que mais sofreu transformações no seu arcabouço interno e externo nos últimos séculos, em especial no século XX. E as modificações não param de surgir a todo instante, tornando o Direito das Famílias um dos ramos mais interessantes a se estudar, por toda a complexidade que rodeia o seu objeto: as próprias entidades familiares.

Dentro do Direito das Famílias, as questões ligadas à filiação e o denominado Direito Parental têm sido uma das áreas mais sensíveis a todas as modificações socioculturais, avanços tecnológicos e surgimento de novéis arranjos vivenciais, observados na sociedade pós-moderna e pluralista. O pluralismo agregado a um sistema aberto como o nosso – cheio de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados – produz um novo e profícuo diálogo entre o direito e o mundo dos fatos, num cenário de transição da sapiência moderna para a pós-modernidade.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>A visão pós-moderna do direito rompe com a sua modernidade, enquanto ciência predominantemente axiomática, universal e piramidal. Centrado no sujeito de direitos abstrato e universal, o direito moderno atribui segurança às relações jurídicas dentro de uma determinada base territorial e soberana. Na pós-modernidade, o pragmatismo, o relativismo, a descentralização do sujeito, a pluralidade de racionalidades, a sociedade do risco, a apreensão das relações jurídicas dentro de um complexo quadro de lógicas fragmentadas, são as novas faces com as quais o direito se depara. (...) O direito, ao expor sua fronteiras, oxigena-se na tendente adoção – diga-se, não sem resistências – da transdisciplinariedade ao preconizar o diálogo com o social, reputando-se como um sistema aberto e plural, em contraposição à visão positivista-dogmática clássica que o constrói como um sistema fechado, já que ao direito se impõem realidades familiares que produzem, por outras forças (sociais, culturais, econômicas, científicas, antropológicas), relações intersubjetivas plurais e heterogêneas”. POZZI,



Tudo costumava ser muito simples: casamento, biologia e o instituto da adoção costumavam definir a classe de pessoas que podia desejar exercer a parentalidade. Limitando e restringindo as pessoas que poderiam reivindicar o *status* parental, a legislação atingiu um determinado grau de previsibilidade, estabilidade e certeza.

No âmbito da filiação, o direito sempre empregou presunções<sup>2</sup> em virtude da intrínseca complexidade em se imputar a paternidade ou maternidade às pessoas, mas também em decorrência de embaraços baseados em preconceitos históricos, oriundos da primazia da família patriarcal e matrimonializada.<sup>3</sup>

Com o despontar do século XXI, o elemento previsibilidade tornou-se frágil diante da onda de relações instáveis, reprodução assistida com doação de gametas e maternidade de substituição, uniões homoafetivas, monoparentalidade, famílias mosaico e a socioafetividade. O aumento da diversidade familiar faz com que exista a necessidade de o sistema legal reinventar e redesignar os papéis parentais.<sup>4</sup> É nesse cenário que surge a ideia da multiparentalidade jurídica, que representa uma quebra de paradigmas no direito da filiação, alicerçado numa lógica binária. Enquanto a legislação não se adapta à realidade social atual, cabe à doutrina vanguardista e à jurisprudência mais avançada a ruptura dos arquétipos vigentes.

## 1. BREVES NOTAS SOBRE PLURALIDADE E FELICIDADE NO ÂMBITO DAS FAMÍLIAS

A fisionomia, estruturação ou composição da família, não permaneceu a mesma com o decurso do tempo e, ao revés, passou por diversas e radicais transformações ao longo dos séculos. Em todos os sentidos, o retrato da família se modificou.

Atualmente, ela é vislumbrada como o resultado de uma conexão afetiva, na qual se edificam os sentimentos de solidariedade, lealdade, respeito, confiança e cooperação. É uma entidade além de jurídica, ética

---

Cláudia Elisabeth. (Trans) fronteiras da parentalidade – os olhares epistemológicos de Grossi e Arnaud no campo das famílias. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*/ Curitiba: Juruá, 2011, p. 33-34.

<sup>2</sup>No Direito brasileiro, a filiação é baseada, pelo menos *a priori*, nas presunções constantes no Código Civil, nos arts. 1.597 e 1.598.

<sup>3</sup>Cf. no mesmo sentido LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. IV, p. 385.

<sup>4</sup>No mesmo sentido, consultar DIFONZO, J. Herbie; STERN, Ruth C. Breaking the mold and picking up the pieces: rights of parenthood and parentage in nontraditional families. *Family Court Review*. Hempstead: Hofstra University/Association of Family and Conciliation Courts, v. 51, n.1, p. 104.

e moral. É concebida como um agrupamento de afeto e entreatjada, onde o que mais releva é a intensidade das relações pessoais de seus componentes.<sup>5</sup>

Compreendida como “núcleo de oxigenação do equilíbrio emocional dos indivíduos e de socialização das crianças e jovens”,<sup>6</sup> a família é a sede de formação das pessoas, da sua dignidade e personalidade;<sup>7</sup> é refúgio caloroso, cerne de felicidade,<sup>8</sup> onde os seus membros podem se realizar integralmente.<sup>9</sup> Além disso, ainda pode-se acrescentar, como já foi mencionado no Supremo Tribunal Federal brasileiro, que a família é um “fato cultural e espiritual ao mesmo tempo” e não necessariamente um fato biológico.<sup>10-11</sup>

A função da família está em constante renovação. As suas finalidades tradicionais (política, econômica, de conservação e transmissão do patrimônio) perderam a força ou tiveram a sua essência modificada, abrindo espaço para novas funções essenciais.<sup>12</sup> Emerge, então, a percepção eudemonista da família: não são mais as pessoas que existem para o casamento e a família, mas o casamento<sup>13</sup> e a família existem para o desenvolvimento da personalidade dos membros do grupo e sua felicidade.<sup>14</sup>

A família atualmente é plural e uma das consequências mais importantes da pluralidade familiar reside no fato do reconhecimento das mais diversas entidades que compõem uma enorme constelação de variáveis possíveis, entre elas, as famílias mosaico, que resultam da multiplicidade das relações parentais oriundas das desuniões, do divórcio, da separação, da

---

<sup>5</sup>Neste sentido, cfr. MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Curso de direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 13.

<sup>6</sup>GOMES, Carla Amado. Direito das famílias na jurisprudência portuguesa: filiação, adoção e proteção de menores. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al. (Orgs.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 78.

<sup>7</sup>E daí advém a sua grande importância, privada e social. Cfr. GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família. Evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Aguida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (Coords.). *Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

<sup>8</sup>Não só a família atual busca um ideal de felicidade – e deve ser impulsionada a ele – como é papel do Direito buscar assegurar essa felicidade que é almejada por todos. No mesmo sentido se manifesta, BARROS, Sérgio Resende de. Direito de família e políticas públicas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al. (Orgs.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 17.

<sup>9</sup>No mesmo sentido se manifesta FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 148.

<sup>10</sup>Cfr. Voto do Min. Ayres Britto no julgamento da ADI 4277, p. 31. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf> Acesso em: 19 abr. 2013.

<sup>11</sup>Com essa linha de pensamento, já no começo da década passada afirmava Paulo Lôbo que “a origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais [dentre as quais se incluía a procriação]. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina [...]. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. IV, p. 387.

<sup>12</sup>No mesmo sentido se manifesta BEZERRA, Clarice Pereira da Silva. *Das famílias recompostas ou reconstituídas*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas. Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009, p. 25.

<sup>13</sup>Ou outra forma de arranjo vivencial.

<sup>14</sup>No mesmo sentido, cfr. FACHIN, Luiz Edson. Sobre os desafios e perspectivas da família, seus projetos e seus direitos, no repensar do direito civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). *Arte jurídica – Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil*. 2. reimp., Curitiba: Juruá, v. III, 2008, p. 42.

reconstituição da vida afetiva por meio do casamento ou de outras relações paramatrimoniais.

Antigamente, era tido como invariável que os laços entre enteados e padrastos<sup>15</sup> dificilmente sobreviveriam após o rompimento do relacionamento com o progenitor biológico. Todavia, hodiernamente, já há entendimento doutrinário<sup>16</sup> e jurisprudencial de que essas relações, mesmo após uma ruptura da união que a originou, podem ser consideradas mais “parentais” do que os vínculos com os próprios progenitores biológicos.

A parentalidade, mais do que algo genético ou instintivo, deve ser considerada uma construção, algo a ser edificado. Esses vínculos e a intensidade dessas relações dependem de uma presença ativa. E essa presença participante, a função paterna, pode ser exercida por alguém que não é o pai biológico, a exemplo dos homens que desenvolvem vínculos fortes com os filhos de suas esposas e companheiras (ou maridos e companheiros).<sup>17</sup>

Por considerar a parentalidade mais uma função do que um fato natural, a doutrina já vinha defendendo a ideia da existência de direitos e obrigações entre padrastos e enteados.<sup>18</sup> A questão que se coloca é: será que é o suficiente? Será que não existe a necessidade de edição da legislação vigente, de modo a consagrar a existência de uma relação parental entre enteados e padrastos, seja pelo reconhecimento expreso da existência do chamado parentesco socioafetivo, seja pela criação de um estatuto jurídico próprio?<sup>19</sup>

## 2. PARENTESCO

Na definição de Pontes de Miranda, “parentesco é a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de autor comum (consanguinidade), que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade), ou que se estabelece, por *fictio iuris*, entre o adotado e o adotante”.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup>Quando nos referimos a padrastos, certamente estamos nos referindo a madrastas. Utilizaremos a denominação padrastos em virtude da ausência de palavra que melhor defina os companheiros ou cônjuges dos pais – ou mães – de uma criança ou adolescente.

<sup>16</sup>Por todos, veja-se DIFONZO, J. Herbie; STERN, Ruth C. Breaking the mold and picking up the pieces: rights of parenthood and parentage in nontraditional families. *Family Court Review*. Hempstead: Hofstra University/ Association of Family and Conciliation Courts, v. 51, n.1, p. 105.

<sup>17</sup>Cfr. PAULO, Beatrice Marinho. Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 10, jun./jul. 2009, p. 27.

<sup>18</sup>Como direito a convivência após a ruptura, a pleitear alimentos, além do direito ao acréscimo do nome do padasto, assegurado pela denominada Lei Clodóvil.

<sup>19</sup>Que respeitasse a garantia constitucional da igualdade na filiação. Na doutrina portuguesa afirma-se que “no contexto dos sistemas jurídicos europeus, uma ansiedade no sentido de se reconhecer a importância da relação afetiva entre o filho e o parceiro da mãe ou do pai e de se procurar traduzir essa importância num verdadeiro estatuto jurídico dos padrastos e das madrastas”. OLIVEIRA, Guilherme de. O sangue, os afectos e a imitação da natureza. *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n. 10, p. 12, jul./dez. 2008.

<sup>20</sup>PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. IX, p. 55.

O Código Civil de 2002 incluiu a união estável – ao lado do casamento – no rol de relações que dão origem ao vínculo de afinidade.<sup>21</sup> Outra novidade trazida pelo Diploma Civil se encontra no art. 1.593, que estabelece que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Com essa nova redação, resta claro que o legislador brasileiro<sup>22</sup> quis prestigiar a possibilidade de estabelecimento do parentesco não apenas em caso da filiação biológica ou adotiva, mas também da socioafetiva, como ver-se-á adiante.<sup>23</sup>

Já se sabe, portanto, que as crianças e adolescentes estão ligados – automaticamente – às pessoas que estejam casadas ou vivam em união estável com seus progenitores, pelo elo da afinidade. Mas quais serão as consequências jurídicas que tais vínculos originam?

## 2.1. PARENTESCO POR AFINIDADE?

Antes de se adentrar nas consequências ou nos efeitos da afinidade entre enteados e padrastos, cumpre tratar uma questão que oferece divergências doutrinárias: qual é, afinal, a natureza do vínculo de afinidade no sistema legal brasileiro? É a afinidade uma espécie de parentesco? Há algum tempo, uma parcela da doutrina afirmava que sim, e que não se tratava de um parentesco de segunda classe, como muitos classificavam.<sup>24</sup>

Para essa corrente doutrinária, o parentesco poderia advir de um fato da natureza, mas também pode ser oriundo de uma noção social, uma vez que a própria família é uma construção sociológica, em que as designações de parentesco não estão, necessariamente, relacionadas com os liames biológicos, posto que existem os pais biológicos, os adotivos e os socioafetivos.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup>Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

<sup>22</sup>Diferentemente do legislador de 1916, que prestigiava a filiação biológica (classificando o parentesco em legítimo ou ilegítimo, conforme fosse originado de um casamento ou união paramatrimonial) e o vínculo gerado pela adoção que dava origem ao ainda vigente parentesco civil, conforme se depreende da leitura do revogado art. 332 do CC de 1916.

<sup>23</sup>Neste sentido, julgado do TJSP: “De “outra origem”, sem dúvida alguma, pode ser a filiação socioafetiva, que decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes”. (TJSP, 1ª Câmara de Dir. Privado, AC 0006422-26.2011.8.26.0286, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 14/08/2012.

<sup>24</sup>Neste sentido se manifestava Maria Berenice Dias, quando afirmava que “a afinidade é considerada um vínculo de menor intensidade, distinção que não se justifica, pela só possibilidade de extinguir-se quando finda o casamento e a união estável. Essa visão estreita não vence hoje o conteúdo socioafetivo amplificador das relações familiares. De qualquer forma, o legislador não se preocupou em distingui-las, trata dos parentes consanguíneos e por afinidade no Capítulo “Das relações de parentesco” (CC 1.591 a 1.595)”. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 313. A mesma doutrinadora mudou o seu entendimento, ao afirmar que “os vínculos de afinidade e parentesco, ainda que tratados em conjunto pelo legislador, não se confundem”. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013..

<sup>25</sup>Ou sociais ou psicológicos, como denomina Rolf Madaleno. Cfr. MADALENO, Rolf. *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 18.

Reafirmando esse entendimento, assevera Waldyr Grisard Filho que:

Muito embora alguns autores não atribuam à afinidade um verdadeiro parentesco, que não ultrapassaria a menção de “membros da família” pela aliança estabelecida entre marido e esposa, esta noção estreita não vence o conteúdo socioafetivo das relações familiares, pelo que ao parentesco entre um dos cônjuges ou companheiro e os filhos do outro tributa-se um vínculo familiar pleno, pois tão natural (o afeto e os estados psíquicos daí derivados, as emoções, a assistência) quanto o vínculo sanguíneo.<sup>26</sup>

No sistema jurídico brasileiro, cada companheiro ou consorte é unido aos parentes do outro pelo liame da afinidade. Esta relação, como já mencionado, também se estabelece entre um dos partícipes do novo casal e a prole do outro. Essa vinculação familiar “existe não só por força da lei, mas reafirmado pelos laços psicológicos construídos pelo afeto”.<sup>27</sup> Ou seja, nas famílias mosaico, o casal e a prole-afim estão unidos pela afinidade,<sup>28</sup> instituído por lei e, via de regra, pela socioafetividade, construída pela convivência.<sup>29</sup>

A questão que se coloca aqui é: em vez de falar-se em parentesco por afinidade, tendo em vista que muito embora a lei o tenha feito semanticamente e tratado os vínculos em conjunto, não os equipara, não se deveria vislumbrá-lo como tão somente uma aliança jurídica e deixar o alargamento dos efeitos que se pretendia outrora para o parentesco socioafetivo, quando se verificar a posse de estado de filho?<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup>GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 118.

<sup>27</sup>GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 119.

<sup>28</sup>É importante lembrar que a afinidade é de ordem pessoal e não se estende além dos limites determinados pela lei. Assim, os afins dos casal não são afins entre si, porque a afinidade não gera afinidade. Note-se que na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do matrimônio ou da união estável. A permanência deste vínculo ocorre para todos os efeitos legais, como impedimentos matrimoniais, por exemplo. Mas, a priori, não para os alimentos ou sucessão.

<sup>29</sup>Sobre a questão, assevera Rolf Madaleno que “o vínculo da afinidade ou de aliança não é um vínculo de sangue, e sob esta mirada de vertente, o parentesco resulta da construção do vínculo mediante o afeto, dedicação, esforço, surgindo o pai psicológico dos cuidados cotidianos da criança. Em verdade, qualquer adulto pode converter-se num pai psicológico, dependendo da qualidade de interação diária, porquanto, o verdadeiro pai é aquele que efetivamente se ocupa da função parental”. MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 18-19.

<sup>30</sup>Não se deve olvidar que o Estatuto das Famílias, que visa revogar todo o Livro de Família do Código Civil determina que o vínculo de afinidade cessa com a dissolução do casamento e da união estável (exceto para fins de impedimentos matrimoniais) e expressamente consagra o parentesco socioafetivo. Cfr. arts. 10-14 do Projeto de Lei.

## 2.2 PARENTESCO SOCIOAFETIVO

Como já foi referido, o Código Civil de 2002 estabeleceu claramente uma “cláusula geral de parentesco por outra origem”,<sup>31</sup> de onde se pode inferir que a socioafetividade está em uma das possibilidades apanhadas por esse preceito indeterminado.

A ligação que se origina entre indivíduos que convivem como se fossem pais e filhos está englobada nas relações de fato baseadas no afeto capazes de serem reconhecidas juridicamente.<sup>32</sup> A análise da questão deve levar em consideração: a) a importância que o afeto possui nas relações de família, particularmente na construção de laços como o do casamento, da união estável e do parentesco; b) a difusão do afeto, despontado em ambiente primacialmente privado, para o espaço público, avocando as pessoas funções sociais que justificam o reconhecimento jurídico das relações assim originadas; c) a consequente permanência das consequências jurídicas do liames criados pelo exercício dessas funções, tendo em consideração determinados requisitos, ainda que o afeto que originou a relação não exista mais.<sup>33</sup>

Para opor-se à possibilidade de a socioafetividade dar origem a um parentesco, poder-se-ia trazer à baila a instabilidade das relações entre pessoas e a possibilidade de se findar o afeto entre elas, trazendo insegurança jurídica. Note-se, porém que, muito embora exista a possibilidade de o afeto – sentimento – terminar, não seria razoável conceber que depois que a relação fosse apanhada pelo Direito, deixasse de se conceder os efeitos advindos de tal vínculo, pela mera extinção da afeição. Tampouco se mostra plausível a ideia de que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva constituiria uma “punição”<sup>34</sup> aos familiares consanguíneos.

Em matéria de parentesco socioafetivo, é de se sustentar que mesmo suprimido o afeto outrora existente, a relação não poderá ser desconstituída, pelo simples fato de o parentesco ser uma relação jurídica – em regra – indestrutível,<sup>35</sup> o que traz alguma carga de estabilidade e segurança jurídica que, inclusivamente, pode ser observada nos julgados de alguns tribunais que se negam a desconstituir a paternidade quando os pais socioafetivos

---

<sup>31</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 174.

<sup>32</sup>Na opinião de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, a socioafetividade é um valor jurídico do direito das famílias, oriundo da posse de estado de filho. Acrescentam ainda as autoras que “é a convivência que possibilita a criação de laços de afetividade que, hoje, são fontes do Direito, têm eficácia jurídica”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 173.

<sup>33</sup>BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 9, abr./maio 2009, p. 28.

<sup>34</sup>Como sustenta OLIVEIRA, Guilherme de. O sangue, os afectos e a imitação da natureza. *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n. 10, p. 11, jul./dez. 2008.

<sup>35</sup>Excetuando-se no caso da adoção, onde o parentesco consanguíneo é extinto, para dar origem ao parentesco civil.

(e registrais) alegam não serem pais biológicos, nas hipóteses de “adoção à brasileira” ou até mesmo quando levantam vício de consentimento.<sup>36</sup>

Como alerta Heloisa Helena Barboza, os elementos já mencionados devem ser considerados,<sup>37</sup> uma vez que as relações familiares genuínas são afetivas, muitos embora existam relações familiares jurídicas que não o sejam. A família verídica é composta por uma “comunhão de afetos, antes de ser um instituto jurídico”. “O afeto é um sentimento que se traduz em fatos para o direito, fatos esses que se verificam na convivência social, originando a socioafetividade”. Assim, conclui a jurista, que o parentesco pode ser produzido pela socioafetividade, que é um fato.<sup>38</sup>

### 3. CONDIÇÕES DE RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O afeto se torna juridicamente pertinente quando exteriorizado pelos componentes das entidades familiares por meio de comportamentos objetivos espontâneos que assinalam o convívio familiar. Tendo a afetividade como um princípio jurídico reestruturante da tutela legal do Direito das Famílias, é legítimo afirmar que o mesmo pode caracterizar determinados liames e condutas como juridicamente eficazes.<sup>39</sup>

A socioafetividade é um critério para instituição de relações familiares produzidas pelo afeto, que se evidencia na vida social. É um fato a ser apreendido pelo direito e o seu reconhecimento por sentença judicial é requisito para a sua eficácia. Para tanto deve ser comprovada a existência dos fatores que a compõem: o reconhecimento social (externo) e a afetividade (interno). O fator externo exprime o interno, podendo ser reconhecido objetivamente, por meio da verificação dos requisitos característicos das relações fundadas no afeto: *tractatio*, *reputatio*, e *nominatio*. Pode-se acrescentar, ainda, o cuidado empregado no parente socioafetivo, suscetível

---

<sup>36</sup>Afirma-se na doutrina que, quando os pais promovem esse tipo de ações, via de regra, não existe mais afeto entre as partes. Entretanto, ressaltam que “o afeto para o direito não funciona como um sentimento, mas como uma conduta objetiva, externada na convivência familiar, e a relação jurídica de parentesco que nasce é irreversível e não pode ser desfeita aos sabores do desamor”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 179.

<sup>37</sup>E, uma vez presentes na relação, no caso em tela levarão – entre outras coisas – à denominada posse de estado de filho.

<sup>38</sup>BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 9, p. 29, abr./maio 2009.

<sup>39</sup>Em outras palavras, “o afeto é uma relação social que importa para o Direito na medida em que certas relações vivenciadas por duas ou mais pessoas, fundadas na afetividade, são geradoras de eficácia jurídica. (...) Sendo assim, não é de (des) amor que se trata o afeto como fato jurídico. Mas de uma relação que, quando moldada por comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar, é capaz de gerar eficácia jurídica. Exemplo disso, a posse de estado de filho, geradora do parentesco socioafetivo entre pais e filhos”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 177.

de verificação objetiva, que pode ser considerada uma das melhores maneiras de expressar o afeto.<sup>40</sup>

No caso da filiação socioafetiva, a posse de estado de filho constitui prova suficiente para culminar na declaração da filiação, originando o “parentesco de outra origem”, constante do art. 1.593 do CC, fundado na socioafetividade.

#### 4. FILIAÇÃO BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA SÃO EXCLUDENTES?

Afirma-se, na doutrina portuguesa, que o valor do biologismo, ou seja, do sangue não se perdeu nos ordenamentos jurídicos hodiernos. Todavia, os laços consanguíneos passaram a concorrer com o afeto como critério de vinculação, como afirma Guilherme de Oliveira.<sup>41</sup> Mas será que – para efeitos de estabelecimento de filiação – os laços biológicos estão sempre a concorrer com os liames afetivos? Será que em vez de vislumbrarmos concorrência, não podemos enxergar possibilidades de complementação ou simples adição?

Há muito se fala em parentalidade socioafetiva. Há muito se discute sobre qual das modalidades de filiação deve prevalecer. Inclusivamente, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal, recurso que analisa o que deve preponderar: paternidade biológica ou socioafetiva.<sup>42</sup>

A questão que se coloca é: será sempre necessário ver o tema da filiação numa lógica de mono ou biparentalidade? Não será possível que alguém tenha mais de duas pessoas que exerçam efetivamente e afetivamente as funções parentais? Ter-se-á que enxergar a questão sempre sob uma ótica de substituição ou exclusão, ou será possível que uma pessoa tenha uma mãe e dois pais, duas mães e um pai ou, até mesmo, duas mães e dois pais?<sup>43</sup>

O que fazer em casos em que todos os pais – biológicos e socioafetivos – mostram-se dispostos a exercer as funções parentais com zelo e afeto? Escolher entre uns e outros e permanecer no paradigma da biparentalidade? Não parece ser a resposta mais razoável e de acordo com o melhor interesse da criança. Biologia e afeto podem – e devem – caminhar juntos, sempre que tal fato se mostrar benéfico às partes, tomando em consideração o princípio

<sup>40</sup>Cfr. BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 9, p. 32, abr./maio 2009.

<sup>41</sup>OLIVEIRA, Guilherme de. O sangue, os afectos e a imitação da natureza. *Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 5, n. 10, p. 9, jul./dez. 2008.

<sup>42</sup>Agravo do Recurso Extraordinário (ARE) 692186-PB.

<sup>43</sup>Questionamentos que já trouxemos à baila em: CHAVES, Marianna. *Multiparentalidade: a possibilidade de coexistência da filiação socioafetiva e filiação biológica*. Disponível em: [www.juristas.com.br](http://www.juristas.com.br) Acesso em: 1º ago. 2013.



absoluto e inafastável do melhor interesse da criança ou adolescente.<sup>44</sup> E nesse sentido já vem caminhando a nossa jurisprudência mais atual.

## 5. JURISPRUDÊNCIA

Em dois julgados, no Estado de Pernambuco e no Estado do Paraná, respectivamente, buscava-se o reconhecimento de filiação socioafetiva, por meio de adoções unilaterais, que implicaria na ruptura do vínculo dos autores com os pais biológicos mostrando-se, nesses casos concretos, contrário ao melhor interesse das crianças.

O Juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude de Recife reconheceu a multiparentalidade, em vez de conceder a adoção unilateral da madrasta, autorizando que uma criança de 4 anos fosse registrada no nome dos pais biológicos e no da companheira do pai, que criava o infante praticamente desde o seu nascimento, em virtude da carência material da mãe biológica. A ideia inicial, como mencionado, era a de que a mãe-afim adotasse o enteado, mas, em nome do princípio do melhor interesse da criança, o magistrado terminou por determinar que menino iria ter duas mães jurídicas e um pai, por não enxergar razões para que o vínculo com a mãe biológica fosse destruído.<sup>45</sup>

Em Cascavel, no Paraná, o Juiz da Vara da Infância e Juventude reconheceu a paternidade socioafetiva do padrasto de um adolescente de 16 anos.<sup>46</sup> Em vez de conceder a adoção unilateral requerida, determinou a inclusão do nome do pai-afim no assento de nascimento do rapaz, sem prejuízo da paternidade biológica. Após uma criteriosa análise dos fatos, o magistrado constatou que o adolescente tinha nos dois indivíduos a figura paterna e que deferir a adoção, com a conseqüente ruptura dos vínculos com o pai biológico, iria contra o princípio do melhor interesse da criança.

Assim, em atendimento a tal princípio, o juiz ficou convencido de que a melhor solução para o caso seria levar para o mundo jurídico a multiparentalidade que se apresentava no mundo fático. Mãe e pais exerciam genuinamente – de forma efetiva e afetiva – os seus papéis parentais possuindo

<sup>44</sup>Tal ideia é compartilhada por autores do Reino Unido, quando afirmam que *“given the close attachment – whether real or imagined – between children and the various people who are in many different ways involved as their parents it may be time to breach our attachment to the two parent paradigm. Perhaps some children really do have – and deserve to have – more than two people with a real enduring stake in their lives rather than a tenuous short-lived responsibility for them. Perhaps the complete transfer of (status) parenthood from one or two people to another set of (no more than two) people is no longer the necessity it was when adoption was brought into realms of law in the early twentieth century. Perhaps it is time to think of both responsibility and parental status in broader, more flexible terms”*. LIND, Craig; HEWITT, Tom. Law and the complexities of parenting: parental status and parental function. *Journal of Social Welfare and Family Law*. London: Routledge, v. 31, n. 4, p. 402, December 2009.

<sup>45</sup>Cfr. “Juiz de Recife registra criança em nome de pai, mãe e madrasta”. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/juiz-de-recife-registra-crianca-em-nome-de-pai-mae-e-madrasta> Acesso em: 12 jul. 2013.

<sup>46</sup>Sentença disponível em: [http://www.direitodascrianças.com.br/anexos/2/7/SENTENCA\\_DUPLA\\_PARENTALIDADE\\_\\_INICIAIS.pdf](http://www.direitodascrianças.com.br/anexos/2/7/SENTENCA_DUPLA_PARENTALIDADE__INICIAIS.pdf) Acesso em: 12 jul. 2013.

importância equivalente na vida do adolescente. Então, por que excluir? Por que ter que fazer uma escolha, num verdadeiro dilema salomônico moderno, quando ambas paternidades poderiam coexistir harmonicamente?

Assim, o rapaz passou a ter uma mãe e dois pais registrais, dos quais poderá ser dependente em planos de saúde, planos previdenciários. Também poderá pleitear alimentos dos dois, assim como será herdeiro de ambos. Tal decisão leva-nos à compreensão de que a filiação socioafetiva possui a mesma solidez e leva aos mesmos efeitos jurídicos que a filiação natural.

No Estado de Rondônia, em lide recente, buscava-se a desconstituição de uma paternidade registral e o reconhecimento da paternidade genética por meio de uma ação de investigação de paternidade cumulada com anulatória de registro civil, em um caso clássico de “adoção à brasileira”.

É certo que possuímos um direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas e, ao buscar que a sua realidade registral correspondesse à realidade biológica, a criança em causa aproximou-se do pai genético, a partir da realização do exame de DNA e passou a relacionar-se com ele. Todavia, reconhecia como pai aquele que coabitava com sua mãe à época do seu nascimento e, mesmo estando ciente que não era seu pai, registrou-a. Aliás, os vínculos afetivos mostraram-se tão fortes que a convivência continuou e alargou-se no tempo, mesmo após o fim da união com sua genitora.

Como já se questionou anteriormente, o que fazer em casos como este, em que ambos os pais já exercem ou se mostram dispostos a exercer efetivamente e afetivamente as funções paternas? Escolher entre um e outro?

Como indicou a magistrada do caso em tela, “pretendida declaração de inexistência do vínculo parental entre a autora e o pai registro afetivo fatalmente prejudicará seu interesse, que se diga, tem prioridade absoluta, e assim também afronta a dignidade da pessoa humana. Não há motivo para ignorar o liame socioafetivo estabelecido durante anos na vida de uma criança, que cresceu e manteve o estado de filha com outra pessoa que não o seu pai biológico, sem se atentar para a evolução do conceito jurídico de filiação”.<sup>47</sup>

No Estado do Rio Grande Sul, foi confirmada a possibilidade de adição de nome da mãe socioafetiva nos registros de nascimento de duas crianças, que perderam a mãe biológica quando tinham 2 e 7 anos de idade. A mulher – que passou a conviver com os infantes tempos depois e com eles desenvolveu um forte vínculo de afeto – e as crianças ajuizaram ação declaratória de maternidade socioafetiva, sem excluir o nome da mãe biológica do registro.<sup>48</sup> Os registros serão alterados para que conste,

<sup>47</sup>Processo 0012530-95.2010.8.22.0002. Disponível em: [www.tjro.jus.br](http://www.tjro.jus.br). Acesso em: 09 jul. 2013.

<sup>48</sup>Ocorrência que a doutrina denomina de “pais temporais”, ou seja: quando existe a multiparentalidade, mas um dos pais veio a falecer, deixando em aberto uma das funções parentais. Neste sentido, consultar TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010., p. 188.

simultaneamente com a maternidade biológica, o nome dos avós maternos, o nome da mãe socioafetiva e dos avós socioafetivos. A magistrada entendeu que neste caso, atendia ao melhor interesse das crianças, a inclusão da mãe socioafetiva, o que lhes garantiria – entre outras coisas – a possibilidade de pleitear alimentos em caso de ruptura da união e herança, no caso de morte, o que lhes traz maior amparo.<sup>49</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é uma instituição talhada sob a influência de percepções políticas, sociais e morais de cada período histórico. Em resumo, além de uma instituição natural, a família é uma construção social variante. Em relação ao universo jurídico, é imperioso afirmar que a família não apenas é predecessora como transcende a visão que o Direito tem dela. E em virtude desta ótica – que já foi muito reducionista – vários arranjos familiares restavam à margem do Direito que, presentemente, apresenta um caráter mais inclusivo.

Na atualidade, o mundo, as sociedades e os ordenamentos jurídicos são marcados pela existência e pelo reconhecimento de uma variedade de entidades familiares. Como já foi afirmado pelo Prof. Luiz Edson Fachin em diversas de suas obras e inúmeras intervenções orais, a “fotografia” da família foi-se modificando ao longo do tempo. Hoje, nos deparamos com uma pluralidade de agrupamentos humanos que damos o nome de famílias.

Essas famílias possuem as mais diversas características divergentes, em especial no que concerne à sua composição, mas todas possuem um ideal comum: a felicidade, alcançada com a observação dos interesses essenciais de cada um dos seus membros, como o afeto, a solidariedade, a confiança, a lealdade, o respeito e o amor.

Legitimada essa pluralidade familiar e essa persecução geral pela felicidade, é imperioso afirmar que, muito embora o Direito venha avançando a passos largos, o simples reconhecimento de uma entidade familiar não faz com que a mesma passe a ter efeitos jurídicos imediatos.

É o caso das famílias mosaico que, por força dos ditames constitucionais, possuem o *status* de entidade familiar, mas, na prática, pouca homogeneidade existe sobre a concepção seus efeitos, em especial no que concerne ao possível exercício da parentalidade dos padrastos em relação aos enteados.

Primeiro, há que se sinalizar que essas pessoas, a partir do momento de início da união estável ou da celebração do casamento, estão –

---

<sup>49</sup>Conforme texto da decisão, a matéria é polêmica, mas o Judiciário não pode ignorar essa realidade. O fato de o ordenamento jurídico não prever a possibilidade de dupla maternidade não pode significar, segundo a decisão, impossibilidade jurídica do pedido. Afinal, não são os fatos que se amoldam às leis, mas sim estas são criadas para regular as consequências que advêm dos fatos, objetivando manter a ordem pública e a paz social.” Cfr. “TJRS entende que afeto se sobrepõe à lei em ação declaratória de maternidade socioafetiva”. Disponível em: [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br). Acesso em: 14 ago. 2013.

automaticamente – vinculadas pelo elo de afinidade que, muito embora, tenha o “nome” de parentesco, na prática não possui efeitos iguais ao parentesco consanguíneo ou civil, tendo reflexos fortes na seara dos impedimentos matrimoniais e algum relevo no campo das obrigações alimentares.

Por isso, a doutrina, para assegurar um verdadeiro *status* parental ao padrasto que se comporta com o enteado como um verdadeiro pai, passou a abraçar a teoria do parentesco socioafetivo, com base na posse de estado de filho, cujos efeitos – após sentença judicial – são absolutamente iguais aos do parentesco natural ou civil.

Avançando ainda mais, a jurisprudência mais recente dos tribunais brasileiros passou a reconhecer situações em que mais de duas pessoas exercem efetiva e afetivamente a parentalidade em relação a crianças e adolescentes. Restou demonstrado, pela análise dos casos trazidos à baila, que a existência de uma biparentalidade biológica estável não significa a impossibilidade de reconhecimento de uma terceira ou quarta parentalidade, socioafetiva, cujos efeitos serão os mesmos da filiação natural ou adotiva, com atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e respeito à igualdade na filiação, constitucionalmente garantidos. Destarte, consagrou-se a viabilidade de uma multiparentalidade não apenas fática, mas também jurídica, num cenário plural, cujo fito primacial é a difusão e a manutenção da felicidade entre os partícipes da relação.

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 9, p. 25-34, abr./maio 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. Direito de família e políticas públicas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et al.* (Orgs.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 1-18.

BEZERRA, Clarice Pereira da Silva. *Das famílias recompostas ou reconstituídas*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas. Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009.

CHAVES, Marianna. *Multiparentalidade: a possibilidade de coexistência da filiação socioafetiva e filiação biológica*. Disponível em: [www.juristas.com.br](http://www.juristas.com.br) Acesso em: 1º ago. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIFONZO, J. Herbie; STERN, Ruth C. Breaking the mold and picking up the pieces: rights of parenthood and parentage in nontraditional families. *Family Court Review*. Hempstead: Hofstra University/Association of Family and Conciliation Courts, v. 51, n.1, p. 104-118, January 2013.

FACHIN, Luiz Edson. Sobre os desafios e perspectivas da família, seus projetos e seus direitos, no repensar do direito civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). *Arte jurídica – Biblioteca Científica de Direito Civil e Processo Civil*. 2. reimp., Curitiba: Juruá, v. III, 2008. p. 40-43.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Carla Amado. Direito das famílias na jurisprudência portuguesa: filiação, adoção e protecção de menores. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al. (Orgs.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 77-102.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família. Evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (Coords.). *Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 19-33.

LIND, Craig; HEWITT, Tom. Law and the complexities of parenting: parental status and parental function. *Journal of Social Welfare and Family Law*. London: Routledge, v. 31, n. 4, p. 391-406, December 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Orgs.). *Doutrinas essenciais: família e sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. IV. p. 385-392.

MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MUNIZ, Francisco José Ferreira; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Curso de direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme de. O sangue, os afectos e a imitação da natureza. *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 5, n. 10, p. 5-16, jul./dez. 2008.

PAULO, Beatrice Marinho. Ser pai nas novas configurações familiares: a paternidade psicoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 10, p. 5-33, jun./jul. 2009.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte especial*. Atual. por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. IX.

POZZI, Cláudia Elisabeth. (Trans) fronteiras da parentalidade – os olhares epistemológicos de Grossi e Arnaud no campo das famílias. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*/ Curitiba: Juruá, 2011. p. 29-47.

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



# A MONOGAMIA EM QUESTÃO

## REPENSANDO FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA

### CONJUGALIDADE CONTEMPORÂNEA

Marcos Alves da Silva

Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor. Integrante da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Associado ao IBDFAM. Advogado.

## INTRODUÇÃO

A monogamia é tomada como mote para colocar em curso reflexão sobre a conjugalidade contemporânea e sua apreensão pelo Direito Civil brasileiro. A intenção, portanto, não se centra na monogamia como questão que se circunscreve em si mesma, antes o princípio da monogamia anunciado tradicionalmente como tal pelo Direito de Família é posto em xeque pelos efeitos discriminatórios que produz, construindo lugares de *não direito*.

Ao analisar os efeitos discriminatórios da monogamia, que desde antes das codificações oitocentistas foi erigida ao *status* de princípio estruturante do Direito de Família, verifica-se que a crítica não deve restringir-se às consequências de sua aplicação, mas deve alcançar os seus próprios fundamentos e a justificativa de sua conservação no ordenamento jurídico.

Nas multiformes expressões da conjugalidade contemporânea e na apreensão jurídica desta realidade sociológica, há indícios de significativas fissuras no até então sólido edifício da família fundada no casamento assentado sobre o princípio da monogamia.

Para a discussão da temática, assim, tão sucintamente declinada, adota-se um roteiro. Partindo da narrativa de dois casos concretos, o problema que põe em movimento a reflexão jurídica a ser exposta é suscitado. Em seguida, torna-se indispensável fazer referência à noção de concubinato — conceito jurídico discriminatório — sedimentado ao longo dos séculos e assimilado pelo discurso jurídico com certa *naturalização*. Num terceiro passo se faz necessário pôr à prova a regra da monogamia, submetendo-a ao crivo dos princípios constitucionais. Por fim, ao cabo desse percurso será possível extrair alguns traços da conjugalidade contemporânea que não mais se conforma aos antigos moldes jurídicos.



## 1. CASOS DA VIDA E A PERPLEXIDADE DO DIREITO

Diversos casos poderiam ser tomados em consideração para escancarar a insuficiência das respostas ordinariamente apresentadas pelo Direito de Família brasileiro quando presente situação ou configurações familiares que contrariam a regra da monogamia. Por limitação de espaço e para atender aos fins propostos será suficiente a referência apenas a dois casos. O primeiro teve saudável solução jurídica e a questão nem chegou a ser apreciada para além da primeira instância de jurisdição. O segundo, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e, por força da evocação do princípio da monogamia, chegou a um resultado insólito, que ofende até mesmo o senso comum de quem não tem qualquer formação jurídica. Os nomes, referências e circunstâncias do primeiro caso foram, propositadamente, trocados em razão da preservação de sigilo.

### 1.1. AS TRÊS VIÚVAS DO TOPÓGRAFO

Antônio dos Reis era topógrafo e trabalhava, no Estado de São Paulo, para uma empresa que tinha canteiro de obras em várias localidades daquela unidade da Federação. Era casado há mais de trinta anos, sua esposa Cláudia e dois filhos, já maiores, residiam na capital. Como, em razão da função por ele exercida permanecia muito tempo fora de seu domicílio, acabou constituindo união estável com uma mulher, em Bauru e, pouco depois, outra união estável com outra mulher em Presidente Prudente. A natureza de seu ofício justificava, perfeitamente, as constantes ausências de suas respectivas residências. Quando encerrou seu trabalho em Presidente Prudente, Antônio dos Reis trouxe sua companheira Esmeralda para morar em São Paulo, em um bairro mais distante. Ela tinha três filhos de um primeiro relacionamento. Ele assumiu a guarda e responsabilidade dessas crianças e com ela teve uma filha. Com Carmem, sua companheira de Bauru, nunca teve filhos. Todavia, era conhecido por todos que conviviam com a família como marido de Carmem. Um detalhe não pode ser deixado de lado é que com as três famílias tinha fortes vínculos religiosos e ele frequentava três diferentes igrejas com cada uma de suas famílias.

A simultaneidade destas famílias perdurou por longos anos, sem que qualquer delas suspeitasse da existência das outras. Este conhecimento só o tinha Antônio dos Reis, que amava sua esposa, embora estivesse ela acometida por doença mental significativa há muitos anos, mas também amava suas outras duas companheiras e filhos que acolheu por afeição e que o tratavam como pai. A eles todos dispensava igual cuidado.

Ocorre que Antônio dos Reis, certo dia, foi atropelado perto de um canteiro de obras. Levado a um hospital em São Paulo, permaneceu alguns

dias na UTI. As três famílias foram avisadas da fatalidade e acabaram por se conhecer na antessala daquela unidade de tratamento intensivo. Para sorte de Antônio dos Reis, ele não saiu vivo do hospital.

No velório, compareceram as três viúvas, os filhos todos, e seus respectivos pastores. Tudo transcorreu com muita discrição. Nenhuma dela se postou como dona ao lado do caixão. No coração de nenhuma delas aninhava esta disposição. Sentiam-se todas estupefatas com a surpresa que lhes causara o defunto.

Provado o casamento e as uniões estáveis simultâneas, a pensão por morte pelo Regime Geral da Previdência Social e pela previdência privada complementar foi dividida entre as três, administrativamente, sem qualquer recurso ao Poder Judiciário. Este caso ocorreu há alguns anos. Talvez, hoje, a questão não teria sido resolvida administrativamente, e, talvez, não fosse encontrada solução satisfatória pelo Judiciário. Antônio dos Reis deixou casa para cada uma de suas viúvas em seus próprios nomes e modestas quantias em caderneta de poupança para os filhos menores. Apenas um imóvel restou para ser inventariado, sobre este incide o direito real de habitação da primeira esposa.

Há, atualmente, reiteradas decisões de Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal denegando reconhecimento ao direito de divisão da pensão por morte em decorrência de conjugalidade simultânea, mesmo quando demonstrada a efetividade dos arranjos familiares e a dependência econômica da companheira supérstite.

## 1.2. A ESPOSA QUE VIROU CONCUBINA POR DECISÃO DO STJ

O segundo caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, apresenta faceta *sui generis*. Trata-se do REsp. 1.157.273-RN, apreciado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça.<sup>1</sup> O voto condutor do acórdão que, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial não tem propriamente o objetivo de convencer o jurisdicionado do acerto e da correção da decisão. Na verdade, a fundamentação não dá qualquer sustentabilidade para a decisão, que se revela aleatória no sentido etimológico do termo. Não está presente no acórdão argumentação que revele mínimo apreço ao princípio da razoabilidade. Trata-se, na verdade, de obediência a uma suposta literalidade da lei, em pura e simples homenagem a um igualmente suposto princípio da monogamia.

---

<sup>1</sup>STJ, Resp 1.157.273-RN, 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 18/05/2010.

Os fatos, que são tomados como certos e incontroversos, pela peculiaridade do caso merecem ser referidos ainda que de forma sucinta. Os nomes são fictícios. Malaquias era casado com Salomé desde 1980. Do casamento nasceram três filhos. Em 1993, separaram-se judicialmente. Em 1994, ocorreu a derrogação da separação em virtude de reconciliação do casal. Por fim, em 1999, divorciaram-se, mas mantiveram sua relação, como se marido e mulher ainda fossem, até a morte de Malaquias, que ocorreu em 2003. Por outro lado, Malaquias manteve união estável simultânea com Doroteia, desde o ano de 1994 até a sua morte. Ambas ingressaram com ações declaratórias de união estável cumuladas com pedido de pensão por morte do falecido companheiro. Configurada a conexão, as ações foram reunidas perante o juízo prevento. Até os filhos do casamento do falecido reconheceram os fatos relativos à união estável que o pai mantivera com Doroteia, mas sustentaram que tal relação era espúria e que o pai tentava romper o relacionamento e só não o fez por piedade, porque Doroteia fora acometida de câncer. Por meio de prova documental e pericial, foi igualmente comprovada a união estável entre Malaquias e sua ex-esposa Salomé, de 1999, data do divórcio, até a data do óbito.

O juízo de primeira instância — em face das incontestadas provas produzidas, reconheceu a duplicidade das uniões estáveis que Malaquias manteve com a Sra. Doroteia, a partir de 1994, e com sua ex-esposa, Sra. Salomé, a partir de 1999, julgando, assim, procedentes ambos os pedidos. Por conseguinte, foi determinado o pagamento da pensão pela morte de Malaquias em favor das autoras, na proporção de 50% para cada uma. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte manteve a sentença de primeira instância. Por meio do acórdão em comento, o STJ deu provimento ao recurso especial interposto pela Sra. Doroteia, a companheira, para excluir o direito de pensão por morte da Sra. Salomé, ex-esposa, mas, posteriormente, apenas companheira do falecido.

A princípio poderia parecer que o acórdão do STJ teria até mesmo prestigiado a união estável em detrimento do casamento. Todavia, não foi o que ocorreu. A ministra relatora iniciou seu voto fazendo consignar que “Cinge-se a lide a definir, sob a perspectiva do Direito de Família, a respeito da viabilidade jurídica de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas.” E tendo transcrito boa parte do acórdão do Tribunal de Regional, concluiu: “Com base nos contornos fáticos acima descritos, atesta-se a indiscutível existência de uniões de afeto simultâneas, mantidas entre o falecido e as postulantes: (Dorotéia), pelo período compreendido entre o ano de 1994 até a data do óbito do companheiro – 17.4.2003 –; e (Salomé), após a homologação do divórcio do casal – 17.12.1999 –, também até a data do óbito de (Malaquias).”

A solução dada ao recurso especial, interposto com fundamento em dissídio jurisprudencial daquela Corte Superior, foi no sentido de que com o divórcio, ocorrido em 1999, rompido estava o laço matrimonial entre

Malaquias e sua ex-esposa Salomé, e ele, Malaquias, não poderia ter mantido, ato contínuo, união estável com sua própria esposa, porque com o divórcio teria ganhado força jurídica a união estável iniciada com Doroteia, em 1994, e, portanto, em razão do dever de lealdade para com a companheira Doroteia, não poderia ser reconhecida como união estável aquela por ele mantida com a ex-esposa.<sup>2</sup> Solução mais formalista e descolada da realidade não poderia ser adotada. O critério utilizado foi declinado pela ministra relatora: "... uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais..."<sup>3</sup>

É de todo patente que o Direito arraigado a uma concepção matrimonializada de família, orientada à proteção patrimonial subjacente à regra da monogamia, encontra-se, na atualidade, em situação de perplexidade e de embaraço em face das novas configurações familiares. Cumpre, pois, analisar os fatores que levaram o Direito de Família a produzir discriminação e a construir, sistematicamente, lugares de *não direito*. Por certo, no espaço desta exposição é impossível levantar e analisar os mencionados fatores.<sup>4</sup> Todavia, imprescindível é fazer sintética referência ao conceito jurídico de concubinato.

## 2. CONCUBINATO: MONOGAMIA, EXCLUSÃO E MARGINALIDADE

A construção jurídica do conceito de concubinato revela-se como processo legitimador da dominação masculina. O casamento monogâmico como instituição canônica destinada à regulamentação estrita e detalhada da sexualidade foi cooptado em sua estrutura e função pelos Estados que emergiram da revolução burguesa. Ele foi transposto dos cânones para o Código Civil, porque se adequava à perfeição para a aquisição, conservação e transmissão da propriedade. Na margem de fora do casa-

<sup>2</sup>Nos termos do próprio acórdão consta: "A despeito do reconhecimento – na dicção do acórdão recorrido – da "união estável" entre o falecido e sua ex-mulher, S. M. de L. C., em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado – entre os ex-cônjuges – a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros." (STJ, REsp 1.157.273-RN, 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 18/05/2010).

<sup>3</sup>Em que pese o formalismo da análise, ao lavar o seu voto, a Ministra relatora reconhece que a existência de famílias simultâneas é uma constante na sociedade brasileira contemporânea, pois, assevera: "As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses". (STJ, REsp. 1.157.273-RN, 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 18/05/2010).

<sup>4</sup>No livro "Da Monogamia: Sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família" de autoria do subscritor deste artigo, o tema é abordado com maior amplitude. Conferir: SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.

mento civil burguês situavam-se as relações desqualificadas e marginais. Separa-se o direito do *não direito*.

Para o perfeito funcionamento do Direito de Família fundado no casamento era imprescindível o estabelecimento de uma invisibilidade jurídica para toda e qualquer situação de fato que não se enquadrasse nos moldes que atendiam a finalidade do sistema. A conservação e a transmissão da propriedade. Logo, nada que turbasse a *paz doméstica* da família fundada no casamento poderia ser admitido como legítimo, nem filhos nem relações extramatrimoniais. A produção doutrinária brasileira manteve-se durante longo período silente sobre o concubinato. Nunca foi proibido ou tipificado como crime. Ignorado pela legislação, só foi mencionado, nas Ordenações Filipinas<sup>5</sup> e no Código Civil de 1916<sup>6</sup>, em razão das vedações ao homem casado de doação e de disposição de última vontade em favor da concubina.

O concubinato tem história milenar. Contudo, no Brasil, ele foi talhado sob marca da dominação colonial. A noção de concubinato é fundamental à interpretação da formação cultural brasileira. Todos os chamados intérpretes do Brasil fizeram referência ao concubinato como uma das mais distintivas marcas da colonização.<sup>7</sup>

O concubinato acabou por ser a expressão doméstica da colonização, do exercício do domínio sobre o inferior, nesse caso, sobre a mulher índia, negra ou branca pobre, de qualquer sorte, subjugada, colonizada. Manoel da Nóbrega, em suas *Cartas do Brasil e mais escritos (1549-1560)*, escrevia que, em 1551, os homens da Colônia “tinham índia de muito tempo, de quem tinham filhos, e tinham por grande infâmia casarem com elas.”<sup>8</sup>

A origem do concubinato, no Brasil, não pode ser desprezada, sob pena de se construir compreensão equivocada, concebendo-o como alternativa ao casamento oficial, como união não formalizada com o intuito de constituição de família. Muito ao contrário, o concubinato viabiliza-se

---

<sup>5</sup>No Livro IV, Título LXVI das Ordenações Filipinas, consta: “Da doação, ou venda, feita por homem casado a sua barragã. Se algum homem casado der a sua barragã alguma cousa móvel, ou de raiz, ou à qualquer outra mulher, com que tenha carnal afeição, sua mulher poderá revogar e haver para si a cousa, que assi foi dada; e mandamos que seja recebida em Juizo a demandar a dita cousa sem autoridade e procuração do marido, que a esse tempo seja em poder do marido, quer apartada delle, e essa cousa que ella assi demandar, queremos que seja sua própria, *in solidum*, sem seu marido haver em ella parte, e que possa fazer dela tudo que lhe aprouver, assi e tão perfeitamente como se não fosse casada.” (Mantida a grafia do original – ALMEIDA, Cândido Mendes de (Org). *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Texto digitalizado disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/filipinas/ordenacoes.htm> - Acesso em: 14 maio 2011). O texto prossegue aplicando a mesma solução no caso de venda ou outro tipo de transferência de bens do homem casado à sua concubina, presumindo fraude ao casamento.

<sup>6</sup>Código Civil de 1916, art. 1.177: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”. O art. 1.719, do mesmo Código, também dispunha: “Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: (...) III-a concubina do testador casado”. A Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada) deu nova redação ao art. 248 do Código de 1916, estabelecendo que: “A mulher casada pode livremente: (...) IV-Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).”

<sup>7</sup>Ao contrário da Europa que, a partir do século XVII, assistiu franco declínio do concubinato em razão da Reforma Protestante e da Contrarreforma Católica, o concubinato cresceu na colônia brasileira já a partir do século XVI, tornando-se “espaço por excelência das relações sexuais e da procriação”. (VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 83).

<sup>8</sup>Apud VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 84.

pelas condições de colonização e de escravidão e revela-se como exercício de poder. O concubinato se consagra como um dos privilégios sexuais dos lusitanos, primeiramente em relação às índias, depois em relação às negras, mulatas, mamelucas e brancas pobres.

Na Colônia, o concubinato não guarda qualquer relação com a noção de casamento. O estigma da concubina não permite esta aproximação. Também, o ingrediente racista do concubinato não deve ser amenizado.<sup>9</sup> O concubinato não resulta de uma relação entre iguais, que, rejeitando as imposições e complexas regras do casamento optaram pela informalidade, na constituição de uma família. Longe disso, os portugueses “preferiam a morte à vergonha de esposar mulher infamada pelo sangue, pela cor ou pela condição social.”<sup>10</sup> Caio Prado Júnior registra o caso do governador de Goiás, Fernando Delgado de Castilho, que apaixonado por uma mulher pobre com quem vivia publicamente no palácio, e de quem tivera prole numerosa, “preferiu suicidar-se a levá-la casada para o Reino, de onde o chamavam”.<sup>11</sup>

A negação da família sem casamento prevaleceu no Direito brasileiro até a Constituição de 1988. A percepção da família, somente a partir da formalidade do casamento, impôs, como decorrência lógica, o absoluto silêncio a respeito do concubinato para os tratados, cursos e manuais de Direito de Família até o início da década de 1960. Realizados os excertos generalizantes sobre a origem da família, a título preambular, de regra, todos esses textos passam a abordar, imediatamente, o tema da existência e validade do casamento, sem dedicar qualquer espaço ao concubinato.

O silêncio sobre os efeitos jurídicos positivos do concubinato só começa a ser quebrado pela jurisprudência efetivamente em meados da década de 1950. No início dos anos de 1960, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal começa a firmar-se no sentido da aplicação da analogia com a sociedade de fato, para determinar a partição de haveres entre os concubinos. Em 1963, o Supremo Tribunal Federal aprova a Súmula 35, dispondo que “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”. Em 1964, é editada a Súmula 380, já referida e considerada anteriormente, fixando que “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Na mesma data é, também,

---

<sup>9</sup>Importa sublinhar que importantes intérpretes da brasilidade, como Gilberto Freire e Sérgio Buarque de Holanda, sublimaram ou mesmo negaram o racismo dos colonizadores. Buarque de Holanda diz, expressamente, referindo-se ao colonizador português: “A isso cumpre acrescentar outra face bem típica de sua extraordinária plasticidade social: a ausência completa, ou praticamente completa, entre eles, de qualquer orgulho de raça. Ao menos do orgulho obstinado e inimigo de compromissos, que caracteriza os povos do Norte. Essa modalidade de seu caráter, que os aproxima das outras nações de estirpe latina e, mais do que delas, dos muçulmanos do norte da África, explica-se muito pelo fato de serem os portugueses, em parte, e já ao tempo do descobrimento do Brasil, um povo de mestiços”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 45).

<sup>10</sup>VAINFAS, Ronaldo. *Trópico...* p. 84.

<sup>11</sup>PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense; Publifolha, 2000. p. 363.

aprovada a Súmula 382, reconhecendo que “a vida em comum sob o mesmo teto, *‘more uxorio’*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Também, ainda no ano de 1964, é aprovada a Súmula 447, que reconhece a inexistência de nulidade em razão de presunção de disposição testamentária por meio de interposta pessoa, quando é beneficiário o então denominado “filho adúltero”. Assim, dispôs a referida Súmula: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adúltero do testador com sua concubina”. Quebrado estava, efetivamente, o silêncio da jurisprudência em relação a efeitos jurídicos reconhecidos ao concubinato.

Em que pese efeitos positivos ao concubinato ele permaneceu à margem da família legítima matrimonializada. O Supremo Tribunal Federal fez analogia do concubinato com a sociedade de fato, no âmbito das relações obrigacionais, e não com a família.

Mesmo depois da Constituição de 1988, que consagrou a união estável como entidade familiar, o ordenamento jurídico brasileiro ainda vive verdadeiro paradoxo. De um lado, a Constituição Federal, superando o modelo de família originada exclusivamente do casamento, consagrou o princípio da *pluralidade de entidades familiares*, e, de outro, o sistema do Código Civil de 2002 — ainda que trate, por exemplo, da união estável, ressuscitou a noção de *concubinato* que parecia já definitivamente superada pela Constituição Federal e pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996.<sup>12</sup> Ao que anteriormente se denominava concubinato impuro o Código Civil de 2002 denominou simplesmente *concubinato*, consagrando a seguinte definição legal em seu art. 1.727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

A regulação da união estável pelo Código Civil de 2002 tem merecido severas críticas, tanto no que se refere à matéria da conjugalidade surgida de tal relação como também no que diz respeito à matéria sucessória. Cabe, neste espaço, somente, reflexão sobre o concubinato, reconsagrado pelo já referido art. 1.727 do Código Civil.

A primeira crítica que aflora refere-se à redação deste dispositivo do Código Civil, posto que faz configurarem concubinato as relações não eventuais entre pessoas impedidas de se casarem, contrariando o próprio art. 1.723 que, em seu parágrafo primeiro, admite a união estável entre os companheiros, ainda que um ou ambos sejam casados, bastando que estejam separados judicialmente ou de fato. Quem é separado judicialmente ou de fato está impedido de contrair novo casamento, mas, ao estabelecer união de fato, esta enquadrar-se-á na moldura da união estável e não do concubinato,

---

<sup>12</sup>A este respeito escreveu Luiz Edson Fachin: “Antes tratava-se do concubinato, suas formas e espécies, efeitos jurídicos de um fato. Não mais agora. A questão não é apenas semântica, é histórica, cultural e jurídica. (...) E aí não há mais lugar legítimo para a designação do concubinato”. (FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família* – curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 62-63)

como, contraditoriamente induz a leitura do dispositivo legal tomado em consideração.<sup>13</sup>

Ainda que truncada a redação, o art. 1.727 do Código Civil prestou-se a reforçar a distinção entre concubinato puro e impuro.<sup>14</sup> Nas palavras de Zeno Veloso, ao comentar o referido dispositivo, “concubinato, assim, sem adjetivação alguma, é a figura que, no passado, para distinguir do concubinato puro — atualmente chamado companheirismo ou união estável — denominava-se concubinato impuro.”<sup>15</sup> Tão ambíguas quanto a lei têm sido as conclusões ou consequências que dela são extraídas. Zeno Veloso mesmo assevera que “o concubinato não gera direito e deveres nem produz os efeitos da união estável. Isto não quer dizer, todavia, que o concubinato não produz qualquer efeito”.<sup>16</sup> A solução que sugere é a aplicação da antiga Súmula 380 do STF, isto é, a tutela da sociedade de fato e não da família.

A desclassificação da condição de família fica clara ao longo de sua reflexão:

Se o concubinato viola a moral, ofende os bons costumes, afronta os princípios das verdadeiras entidades familiares, não é por isso que se vai permitir que ocorra a exploração humana, que um dos concubinos enriqueça e prospere financeiramente, reduzindo-se à miséria o outro...” Se existem famílias que são verdadeiras é porque existem as que são falsas ou apenas arremedos de família. Assim, “a união estável é entidade familiar que, na constituição e nos efeitos, é regulada pelo Direito de Família; o concubinato, conforme o caso concreto, pode determinar efeitos patrimoniais, disciplinados pelo Direito das Obrigações. <sup>17</sup>(Grifos nossos)

Ainda que faça críticas à construção gramatical, Rodrigo da Cunha Pereira conclui que

a redação do art. 1.727 traduz, em suma, uma evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial, que veio se fazendo ao longo das últimas décadas, especialmente após a Constituição da República de 1988. Em outras palavras, concubinato é um gênero que comporta duas espécies:

---

<sup>13</sup>A crítica à redação é referida, entre outras, nas seguintes obras: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XX. p. 219; LÓBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

<sup>14</sup>Álvaro Villaça de Azevedo, ao comentar o referido dispositivo diz: “Certamente que esse artigo trata do concubinato impuro ou adúltero”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 421).

<sup>15</sup>VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*: arts. 1.694 a 1.783; São Paulo: Atlas, 2003, v. XVII. p. 155.

<sup>16</sup>VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*: arts. 1.694 a 1.783; São Paulo: Atlas, 2003, v. XVII. p. 156.

<sup>17</sup>VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado: direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*: arts. 1.694 a 1.783; São Paulo: Atlas, 2003, v. XVII. p. 156.



o concubinato não-adulterino, denominado então de união estável, e o concubinato adulterino a que podemos nomear de concubinato propriamente dito.<sup>18</sup>

Não é possível com tal leitura concordar. O referido dispositivo é indicativo de retrocesso e não de evolução.

Não há como pensar o concubinato, previsto no Código Civil de 2002, sem retroagir ao passado de desclassificação da família não matrimonializada que só encontrava amparo por meio de uma analogia forçada com a sociedade de fato, mas que, como família jamais vista ou considerada. A mesma experiência de discriminação se dá em relação à união de pessoas do mesmo sexo, consagrada atualmente pela expressão *união homoafetiva*. Em que pese a importante decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132,<sup>19</sup> reconheceu como união estável aquela formada entre pessoas do mesmo sexo, não faz muitos anos, o Superior Tribunal de Justiça ainda consagrava entendimento segundo o qual a dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo constituía matéria de competência das varas cíveis, por se tratar de relação meramente obrigacional, e não das varas de família.<sup>20</sup>

O signo da desqualificação e, portanto, da marginalização de determinadas famílias parece imperceptível a muitos civilistas, mesmo para alguns daqueles que advogam posições reconhecidas como muito avançadas

<sup>18</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XX, p. 218.

<sup>19</sup>No dia 05 de maio de 2011 o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF 132 e a ADI 4277 reconheceu a união homoafetiva – aquela formada por pessoas do mesmo sexo – como entidade familiar e sendo que dela devem decorrer todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrada no art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil.

<sup>20</sup>DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido". (STJ – REsp. 502995 / RN. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Data de Julgamento: 26/04/2005. DJ 16/05/2005 p. 353). Atualmente, isto é, depois de cinco ou seis anos, o Superior Tribunal de Justiça mudou completamente seu entendimento, conforme demonstra ementa de acórdão a seguir transcrita: "CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANÁLOGIA. 1. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excluyente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas. 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp 827962 / RS. Rel. Min. João Otávio De Noronha. Quarta Turma. Data de Julgamento: 21/06/2011. DJe 08/08/2011).

por uma esmagadora maioria reacionária às transformações da percepção jurídica das famílias contemporâneas.

A noção de *concubinato*, reforçada pelo Código Civil de 2002, consagra-se, pois, como um estatuto de exclusão, expulsando do âmbito de proteção entidades familiares que — por força do art. 226 da Constituição Federal, e, fundamentalmente, em razão do princípio da dignidade humana — deveriam merecer especial tutela do Estado.

O concubinato com todo seu teor discriminatório e marginalizante revela-se como o primeiro e mais relevante efeito da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família. Este entendimento, todavia, não subsiste à prova dos princípios constitucionais que atualmente informam o Direito das Famílias. A monogamia não pode ser recepcionada como princípio do Direito de Família não somente em razão de seu potencial efeito discriminatório que atenta contra a dignidade da pessoa humana, mas, também, porque implica ingerência indevida do Estado nas situações jurídicas coexistenciais tolhendo a liberdade de constituição de família, afrontando, assim, o princípio da democracia que deve reverberar, também, na esfera privada.

### **3. A SUPERAÇÃO DA MONOGAMIA E NOVAS FORMAS DE CONJUGALIDADE CONTEMPORÂNEAS**

A superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família não é tomado como tema que encontra a razão de ser em si mesmo. Não se trata, portanto, de promoção ou defesa de uma perspectiva contrária à monogamia, como que para afirmar a poligamia ou a possibilidade do poliamor. A proposição não tem caráter apologético. Antes, trata-se de uma constatação em face da reconfiguração das famílias contemporâneas em suas múltiplas expressões.

À medida que se fixou o princípio da pluralidade das entidades familiares e à medida que este passou a receber tratamento rigoroso e consistente pelos civilistas brasileiros comprometidos com a perspectiva do Direito Civil-Constitucional, sobressaiu-se a família como relação jurídica instrumentalizada à realização das pessoas que integram a entidade familiar, pouco importando se tal família foi ou não originada do casamento. Assim, gradativamente, a família perdeu importância pelo fato de ser ou não originária do casamento, posto que toda e qualquer família é merecedora de especial proteção do Estado.

Em sendo assim, a flexibilização, a informalidade e a liberdade no estabelecimento de diversas formas de conjugalidade ganharam cada vez mais espaço e importância. Neste contexto, a defesa intransigente da

monogamia como princípio do Direito de Família se mostra anacrônica. O descompasso é evidenciado no cotejo da regra da monogamia com a principiologia constitucional que informa e direciona o Direito das Famílias brasileiro contemporâneo.

Em síntese, poder-se-ia dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana não admite que se negue a história de uma família, condenando-a à invisibilidade jurídica tão somente porque existe paralela ou simultaneamente a outra que é reconhecida como legítima. Nada há de mais ofensivo à dignidade da pessoa humana que a negação de sua existência histórica e concreta, com sua ação sobre o mundo e o discurso ou narrativa de sua própria vida. Por outro lado, a dignidade da pessoa humana deve ser percebida como resistência a todo sistema totalizante que tende a negar o outro. O reconhecimento da alteridade, isto é, do outro em sua integralidade, com sua história, suas idiosincrasias constitui critério aferidor da efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, ganha especial importância o princípio da liberdade nas situações subjetivas coexistenciais. Em um Estado Democrático de Direito, marcado pelo princípio da laicidade do próprio Estado, não faz sentido que este dite o que é família, preestabeleça requisitos estritos para a constituição da conjugalidade, e nem, tão pouco, defina todos os efeitos jurídicos das relações amorosas. No estágio em que se encontra o Direito das Famílias, são percebidos desdobramentos inevitáveis do princípio da pluralidade das entidades familiares. Superado o casamento como o grande paradigma para a constituição de família, com regulação minudente na codificação civil, abriu-se espaço à liberdade para um sem-número de conformações familiares. Isto não quer significar que foi o Direito de Família que operou façanha da liberdade, soltando as amarras a que estavam submetidas as pessoas. Ao contrário, às vezes, tardiamente, é que se reconhece na esfera jurídica — isto é, na construção dogmática e na jurisprudência — uma liberdade já consagrada na vida concreta das pessoas.

Exemplo deste descompasso se tem na repercussão que teve o caso da escritura pública de contrato de relação poliamorosa de Tupã. Em agosto 2012, naquela cidade do interior de São Paulo, um homem e duas mulheres fizeram lavrar escritura pública de união estável envolvendo os três, que viviam tal relação já há três anos.<sup>21</sup> É absolutamente estranho que se ponha em questão a constitucionalidade e a eficácia jurídica de tal contrato. Se o Supremo Tribunal Federal, em 5 de maio de 2011, julgando a ADPF 132 e a ADIn 4277 determinou que o art. 1.723 do Código Civil não é inconstitucional, mas deve comportar interpretação conforme a Constituição, para que se reconheça como entidade familiar a união homoafetiva, sendo que dela devem decorrer todos os efeitos que emanam da união estável

---

<sup>21</sup>Notícia veiculada entre outros meios de comunicação, pela *Revista Consultor Jurídico* (26/08/2012), sob o título: Nova Família: União poliafetiva não é inconstitucional, diz advogado. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/advogado-uniao-poliafetiva-nao-inconstitucional>. Acesso em: 27 out. 2013.

entre pessoas de sexo diferente, que razão justifica a estranheza face a união poliamorosa?

Qual é o fundamento do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar? Obviamente que não pode ser a condescendência de uma maioria que tem a heterossexualidade como padrão. O fundamento jurídico não se encontra em um padrão moral da sociedade que se abre para “admitir” uma exceção ao padrão. Evidentemente, não pode ser esta a fundamentação jurídica do reconhecimento como entidade familiar da união homoafetiva.

Logo, se o fundamento da união estável homoafetiva — e, agora, do casamento homoafetivo — encontra-se na própria dignidade dos integrantes desta família, em sua liberdade, na garantia de um Estado laico, no princípio da democracia, que razões haveria para negar juridicidade à família poliamorosa??? Que razões poderiam ser evocadas para vedar às pessoas o estabelecimento e a constituição de suas famílias da forma como entenderem por bem??? O problema é que grande parte dos juristas ainda não percebeu a virada paradigmática que a família sofreu a partir da Constituição de 1988. As reverberações desta mudança ainda vão-se fazer sentir no futuro próximo.

Colocar a monogamia como princípio estruturante sob suspeição constitui apenas um exercício inicial apontado na direção de um trabalho que está por vir. O Direito de Família terá que se ocupar das novas formas de conjugalidade, desvencilhando-se do casamento civil como único paradigma para pensar a conjugalidade. Como reclamo por liberdade nas relações coexistências é possível mencionar o contrato de namoro,<sup>22</sup> que se presta como um antídoto contra a incidência de normas estatais em uma dada relação que se quer livre.

Nesta linha de defesa da maximização da liberdade nas relações de conjugalidade, há mesmo quem defenda a abolição do casamento civil. Em livro que está para ser publicado, Samir Namur advoga a tese de que o Estado deve “por meio do direito reconhecer a família, mas se retira a prerrogativa de predefini-la e pré-regulamentá-la, faculdades exercidas pelos indivíduos, senhores de suas vontades e dos destinos de suas personalidades”. E dessa premissa, também, deduz a seguinte conclusão: “A abolição do casamento da legislação envolve um critério de igualdade perante todas as possibilidades de arranjos familiares. Os relacionamentos passam a ser regulados não pelo seu *status* (social), mas, sim, pela função que exercem perante o indivíduo, seu

---

<sup>22</sup>Sobre o tema, imprescindível é o trabalho de Marília Pedroso Xavier. Sobre a intenção presente no contrato de namoro de afastar a incidência normativa da união estável, esclarece: “Embora não haja consenso sobre o que é família no direito brasileiro, conceito cada vez mais plural, nota-se que a pactuação de um contrato de namoro seria suficiente para tornar claro o intento de não formar uma entidade familiar e, portanto, afastar a configuração de união estável”. (XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, 2011, p. 106)

bem-estar e personalidade. Assim, a escolha de convivência entre as pessoas não seria distorcida pela previsão legal que naturalmente as estimula”.<sup>23</sup>

Não é possível um total alinhamento com a perspectiva de Samir Namur porque, ainda que subsidiariamente, cumpre ao Estado regular efeitos das conjugalidades constitutivas de famílias, inclusive em seus aspectos patrimoniais. Especialmente porque, nos grandes cinturões de pobreza, os arranjos familiares se conformam de maneira totalmente informal e a ausência de regulação dos efeitos jurídicos das relações assim estabelecidas teria como consequência a negação de sua existência e a manutenção de privilégios patrimoniais, mormente naqueles casos de dominação masculina e de dependência econômica da mulher. Nestes casos, a lei e a regulação subsidiária vêm para assegurar a liberdade e a igualdade e não para tolher direitos. Aliás, a tese da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família<sup>24</sup> tem essa intenção primeira, demonstrar como o princípio da monogamia foi historicamente usado para construção de lugares de *não direito*, para determinar a invisibilidade jurídicas de famílias de segunda classe.

Desta forma, as novas formas de conjugalidade estabelecem pautas para o Direito das Famílias contemporâneo, que desafia a equalização da liberdade e solidariedade, pluralidade e efetiva proteção a todos que, no seio das famílias, se encontram em situação de vulnerabilidade. A efetiva funcionalização da família ao desenvolvimento da personalidade e à realização das pessoas que a integram implica superação de suas amarras estruturais engatadas no paradigma secular do casamento civil. Os novos arranjos familiares desafiam a libertação do próprio Direito, no sentido de que este se desfaça da camisa de força da família matrimonializada, que permanece como uma grande sombra, no imaginário e no senso comum dos juristas.

---

<sup>23</sup>NAMUR, Samir. *Autonomia privada para constituição da família*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Sociais. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito; 2013, p. 174.

<sup>24</sup>Sobre o tema versa nosso livro: SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: sua superação como estatuto jurídico do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.

# A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE RECONHECIMENTO DE UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS

Fabiola Albuquerque Lôbo

Professora Doutora do Departamento de Direito Privado do CCJ/UFPE, coordenadora dos cursos de especialização de Direito Civil e Empresarial CCJ/UFPE, Presidente do IBDFAM-PE (2007 a 2009) e Vice-presidente da Comissão de Ensino Jurídico de Família.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Contextualizando a união estável. 3. Posicionamentos doutrinários e decisões judiciais contrárias ao reconhecimento. 4. Posicionamentos doutrinários e decisões judiciais favoráveis ao reconhecimento. 5. Conclusões

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Enfrentar o problema acerca da possibilidade ou impossibilidade jurídica de reconhecimento das uniões estáveis simultâneas não é um dos mais fáceis, pois seus fundamentos ultrapassam as esferas jurídicas e outros condicionantes sociais, a exemplo da moral, da religião e da ética com argumentos próprios que acabam repercutindo nas posturas doutrinárias, bem como nas decisões judiciais tomadas.

Diante das inúmeras possibilidades de análise acerca da temática, desde já o campo de investigação será adstrito à perspectiva civil-constitucional, ou seja, a partir da incidência dos princípios constitucionais mediante sua aplicação direta e imediata às relações jurídicas privadas e da técnica de interpretação conforme a Constituição. Logo, uma hermenêutica voltada à concreção de uma tábua axiológica lastreada nos direitos e garantias fundamentais, cuja interpretação há de ser feita numa dimensão inclusiva, ou não reducionista, sob risco de a *priori* adotar-se uma postura preconceituosa e de quebra da coerência constitucional.

Neste contexto, é salutar tecer prévias e breves considerações acerca da pluralidade e do direito à felicidade das entidades familiares.

A pluralidade das entidades familiares prevista na Constituição representa um rompimento com a concepção clássica de família, que reconhecia apenas a família matrimonializada. Para além das espécies explícitas há também as implícitas, ou seja, a Constituição detém tessitura aberta e como regra de inclusão deve albergar todos os arranjos familiares

cujos requisitos estejam pautados na afetividade, na estabilidade e na ostensibilidade com intenção de constituir família.<sup>1</sup>

Não há previsão do tipo de família, mas o reconhecimento que família é a base da sociedade e como tal exerce uma função social, qual seja: de ser um *locus* privilegiado de realização, de respeito às diferenças, de tolerância e de dignidade de todos os seus membros. Deste modo, na medida em que qualquer tipo de arranjo familiar cumpra sua função social deve receber proteção estatal.

Quanto ao direito à felicidade, nos reportamos às lições de Bertrand Russel, para quem:

a felicidade deve ser compreendida enquanto tradução do gosto por viver, o apetite de viver e este estado de espírito se revela quando o homem se sente amado, uma afeição destituída de interesse, uma comunhão plena de vida. É a afeição ínsita na família. O amor entre pais e filhos, aos cuidados que um tem para com o outro. Portanto, família é aquela fundada no amor que traduz esta atenção especial entre pais e filhos. Este é o verdadeiro sentido da família, mas outros interesses foram agregados na busca da felicidade na família.<sup>2</sup>

Michelle Perrot associa felicidade ao sentido de liberdade, quando afirma que: “felicidade é ser a gente mesmo, escolher sua profissão, seus amores, sua vida”.<sup>3</sup>

No mesmo sentido, destaque para o julgamento da ADI nº 4.277 do STF (05/05/2011), cujo trecho da ementa encontra-se assim redigido:

Com o reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sociocultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família, com especial proteção do Estado. Interpretação não reducionista. O objetivo constitucional é, de “promover o bem de todos”, portanto é a proibição do preconceito, é a liberdade inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade.

---

<sup>1</sup>LÓBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas para além dos *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.1, n. 1, abr./jun., 1999, p. 40-55.

<sup>2</sup>Cf. *A conquista da felicidade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003, p. 157

<sup>3</sup>Cf. O nó e o ninho. *Revista VEJA*, 1993.

Pelo julgado percebe-se o direito à felicidade enquanto expressão da garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais, respeito em particular ao princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um critério objetivo e não imaginar que o indivíduo possa requerer do Estado tutela específica e nem tampouco a pretensão de exigir uma conduta de um particular frente a outro a pretexto de atender à sua felicidade.<sup>1</sup>

## 2. CONTEXTUALIZANDO A UNIÃO ESTÁVEL

Como sabido a união estável é espécie de entidade familiar constituída, essencialmente, no exercício da liberdade de cada uma das partes interessadas, no sentido de formarem família sem a necessária observância às exigências legais do casamento, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais.

Enquanto a lei impõe o cumprimento de vários atos jurídicos antecedentes à validade do casamento, o qual culmina com a manifestação de vontade livre e espontânea dos nubentes, o reconhecimento da união estável, como ato-fato jurídico, não tem a manifestação de vontade como critério determinante para o Direito. Estas relações informais, fáticas de afeto, uniões consensuais configuram-se na convivência pública, contínua e duradoura aliados à intenção de constituir família<sup>2</sup>.

Segundo dados do IBGE, as uniões consensuais, aquelas que se caracterizam quando há uma relação estável com ou sem contrato, já representam mais de 1/3 dos casamentos do Brasil. Esse tipo de união foi o único que teve aumento no país no período entre 2000 e 2010, subindo de 28,6% para 36,4%, representando mais de 1/3 dos casamentos no Brasil.<sup>3</sup>

O maior problema da união estável livre é, exatamente, quanto aos direitos patrimoniais/ sucessórios. Em que pese a lei não fazer nenhuma exigência para uma escritura pública de união estável, até porque tal exigência colidiria com a essência da liberdade, ínsita à formação da união estável, mas a medida acaba sendo prudente, no sentido de resguardar os

---

<sup>1</sup>A respeito ver *site* [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). Em 07/07/10, o senador Cristovam Buarque (PDT-DF) apresentou Proposta de Emenda à Constituição (PEC 19/10) que direciona os direitos sociais à realização da felicidade individual e coletiva". Na proposição o senador afirmou que a PEC visa humanizar o Direito, que ficou frio e se tornou uma coisa da racionalidade, perdendo o sentimento que deveria ter. Ao humanizar o Direito, humaniza-se também a política. Assinalou ainda, que para poder buscar a felicidade individual e coletiva, o Estado tem o dever de, cumprindo corretamente suas obrigações para com a sociedade, prestar bem os serviços sociais previstos na Constituição obrigando-se o Estado e a própria sociedade a fornecer meios para tanto. (Último andamento da PEC - 15/02/11.)

A Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a resolução "A Felicidade: para um Enfoque Holístico do Desenvolvimento" e reconhece que a felicidade é "um objetivo e uma aspiração universal" e que também é "a manifestação do espírito dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio" Reconhece a busca pela felicidade como "um objetivo humano fundamental" e convida os estados-membros a promover políticas públicas que incluam a importância da felicidade e do bem-estar em sua aposta pelo desenvolvimento. (Disponível em: [www.r7.com/internacional/noticias](http://www.r7.com/internacional/noticias) – publicado em 19/07/2011).

<sup>2</sup>LÔBO, Paulo; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MADALENO, Rolf. (Coords.). A concepção da união estável como ato-fato jurídico. *Direito de família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 101- 116.

<sup>3</sup>Disponível em: [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br) – Relatório do Censo Demográfico 2010: nupcialidade, fecundidade e migração).



companheiros dos infortúnios futuros. Do contrário, a opção é recorrer ao Judiciário, mediante ação para reconhecimento e dissolução de união estável com os seus conseqüências lógicas da relação.

Após este breve panorama sobre a união estável é de bom alvitre destacar que o mérito do problema circunscrever-se-á às uniões estáveis paralelas e não às relações paralelas ao casamento. Embora próximos, mas os institutos não se confundem. E o cerne da questão é se a monogamia também se aplica às uniões estáveis, nos mesmos moldes do casamento.

Doutrina e jurisprudência dividem-se quanto à possibilidade ou não de reconhecimento jurídico de uniões estáveis paralelas. Na verdade, os próprios fundamentos utilizados são controversos. Percebe-se, claramente, que é um tema delicado, cujos contornos estão para além da abordagem jurídica. Há uma carga de outros condicionantes sociais (moral, religião e ética) que acabam por “contaminar” a interpretação jurídica.

Como bem diz Guilherme Calmon: “Ao lado das relações de convivência proposta pelo Estado, surgem outras, contrárias a elas ou simplesmente não previstas, invisíveis, afastadas do referendo estatal”.<sup>4</sup> Ou seja, o problema existe e precisa ser enfrentado, afinal diante da dinâmica e da complexidade de arranjos familiares impossibilita a previsibilidade legal de todas as hipóteses. A diversidade traz em seu âmago uma multiplicidade das moralidades, significando compreender que não há valores universais. E pergunta recorrente é: o que fazer diante das demandas reais de arranjos familiares paralelos?

O tema é tão atual e complexo que tramita no STF o ARe (Recurso Extraordinário com Agravo) 656298 Rg / SE – Sergipe, de relatoria do Ex. Min. Ayres Britto, ementado da seguinte forma:

Ementa: Constitucional. Civil. Previdenciário. União estável homoafetiva. Uniões estáveis concomitantes. Presença da repercussão geral das questões constitucionais discutidas. Possui repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes. A decisão foi no sentido do tribunal reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup>Cf. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>5</sup>Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) – Ministro Ayres Britto Relator. Julgamento: 08/03/2012 – Tema 529 – Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte.

### 3. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E DECISÕES JUDICIAIS CONTRÁRIAS AO RECONHECIMENTO

Zeno Veloso, posicionando-se sobre o tema, defende que:

os partícipes vivem maritalmente, embora sem casamento, mas a união estável de um casal transmite a todos a aparência de casamento e nosso sistema, nossa civilização só admite o casamento monogâmico. Não iria transigir com uma união estável poligâmica ou poliândrica [...]. a exceção seria em caso de um dos parceiros estar de boa-fé, sem saber que o outro mantém diversa união, ou, até, outras uniões. Neste caso “ao convivente de boa-fé seria uma união estável putativa para efeito de gerar consequências a este parceiro inocente.”<sup>6</sup>

Neste mesmo sentido, as considerações de Rolf Madaleno, quando trata do concubinato enquanto impedimento:

o impedimento para uma nova união não se encontra no estado civil da pessoa, a qual pode ser casada ou manter uma relação de união estável, mas desde que esteja faticamente separada do cônjuge ou precedente companheiro. A censura da lei incide sobre o paralelismo dessas uniões, tendo em conta o princípio da monogamia...

[...]

Não há como encontrar conceito de lealdade nas uniões plúrimas, pois a legitimidade do relacionamento afetivo reside na possibilidade de a união identificar-se como uma família, não duas, três ou mais famílias, preservando os valores éticos, sociais, morais e religiosos da cultura ocidental, pois em contrário, permitir pequenas transgressões das regras de fidelidade e de exclusividade que o próprio legislador impõe seria subverter todos os valores que estruturam a estabilidade matrimonial e que dão estofo, consistência e credibilidade à entidade familiar, como base do sustento da sociedade.<sup>7</sup>

Os mencionados autores fundamentam suas posições com base na boa-fé, na putatividade, na quebra do dever de fidelidade, na monogamia aliado a necessária preservação de valores éticos, sociais, morais e religiosos.

---

<sup>6</sup>Cf. *União estável*: doutrina, legislação, direito comparado, jurisprudência. Belém: MPPA, 1997. p.76-77.

<sup>7</sup>Cf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1.139 e 1.144.

A respeito também as obras de AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002 e OLIVEIRA, Euclides de. *União estável: do concubinato ao casamento*. 6<sup>ª</sup> ed. São Paulo: Método, 2003, p. 145 e seg.

Tal linha corrobora com o que alhures fora afirmado, ou seja: institutos próprios do casamento podem ser transpostos às relações de uniões estáveis?

No âmbito da jurisprudência, em pesquisa realizada nos *sites* do STJ e Jus Brasil,<sup>8</sup> com critério de busca “união estável simultânea”, “união estável paralela” e “união estável concomitante”, colheu-se os seguintes julgados negando o reconhecimento das uniões estáveis paralelas.

Nas turmas de direito privado (3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup>), do STJ, os argumentos utilizados foram os seguintes:

A união estável tem por requisito a exclusividade de relacionamento sólido (exegese do art. 1.723 §1º do CC), portanto para configurar união estável o requisito é a inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica;

A união estável equipara-se ao casamento, logo prevalece à primazia da monogamia. Relação afetiva de convivência (UE) reconhecida, às outras ganham qualificação máxima de concubinato ou de sociedade de fato (S. 380).

A fidelidade decorre da lealdade (art. 1.727 CC), entre os companheiros há o dever de lealdade, logo entre duas relações simultâneas, configuram-se relações desleais.

Ressalte-se que dos REsp analisados, dois julgados obtiveram reconhecimento favorável da união estável paralela nos TJs respectivos (1157273/RN e 912926/RS), os quais foram modificados na instância superior.

No âmbito da Justiça Federal, os argumentos, praticamente, são os mesmos adotados pelos STJ. Vejamos:

TRF-2 – APELAÇÃO CIVEL AC 200651010012527 RJ 2006.51.01.001252-7 (TRF-2) Data de publicação: 11/07/2011 Mesmo que se admita, na hipótese, ter existido o convívio simultâneo do falecido com as supostas companheiras, impende salientar que tal relacionamento não se configura em união estável, conforme exigido pela legislação de regência da matéria, para fins de concessão da pensão por morte, seja ela militar ou civil, tendo em vista que a lei, a doutrina e a jurisprudência não admitem as situações de concomitância, ou de simultaneidade de relação marital ou de concubinato; IV – Verifica-se, assim, que, mesmo que a autora tenha mantido um relacionamento revestido de aspectos inerentes a uma união estável, a esta não pode ser equiparada, tendo em vista a

---

<sup>8</sup>Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) e [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

impossibilidade da manutenção de uniões estáveis concomitantes, em face da busca pela preservação do princípio monogâmico na sociedade brasileira.<sup>9</sup>

Em sede de justiça estadual especial destaque para o TJ-RJ que sumulou, acerca do tema, nos seguintes termos:

TJ-RJ – SUMULA DA JURIS.PREDOMINANTE (verbete sumular 122 RI) 5 RJ 2006.146.00005 (TJ-RJ). Data de publicação: 25/01/2007  
Ementa: Uniformização de jurisprudência. Proposição de Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal. Enunciado encaminhado pelo CEDES. Matéria de direito de família. Reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Inadmissibilidade. Enunciado n. 14 – “É inadmissível o reconhecimento duplice de uniões estáveis concomitantes”. Justificativa: A Constituição Federal reconheceu a união estável como entidade familiar (artigo 226, par.3.). A moral da família é uma só. A duplicidade de casamentos implica na figura típica da bigamia, logo não pode ser admitida a “bigamia” na união estável. Enunciado aprovado com a seguinte emenda de redação: “14 – É inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis concomitantes”.

Como se aduz, os fundamentos utilizados pela jurisprudência, ao negar o reconhecimento de uniões estáveis paralelas, coincidem com os pontos de vista dos doutrinadores acima referidos. Ressaltando ainda a utilização da união estável adulterina ou impura da ilegitimidade da relação paralela, da bigamia, da quebra da lealdade e da moral da família. Excetuando apenas nas hipóteses de boa-fé e de putatividade.

---

<sup>9</sup> TRF-2 - AP CÍVEL AC 200751010014723 RJ 2007.51.01.001472-3). Data de publicação: 05/09/2011.  
TRF-2 - APELRE APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO REEX 200651010233179 (TRF-2). Data de publicação: 04/09/2012 (...) a Constituição prima pelo princípio da monogamia, estabelecendo a constituição de família e não de famílias, isto significando que a bigamia não é admitida, o que aconteceria em caso de reconhecimento de ambas as uniões estáveis.5. O STJ consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato.

#### 4. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E DECISÕES JUDICIAIS FAVORÁVEIS AO RECONHECIMENTO.

Na doutrina autores como Paulo Lôbo,<sup>10</sup> Maria Berenice Dias,<sup>11</sup> Rodrigo da Cunha Pereira,<sup>12</sup> Carlos Eduardo Pianovski,<sup>13</sup> Tânia da Silva Pereira<sup>14</sup> defendem a possibilidade de reconhecimento jurídico das uniões estáveis paralelas. Segundo esses autores, não há vinculação entre o reconhecimento de uniões simultâneas à putatividade. Os argumentos se pautam na incidência direta e imediata dos princípios constitucionais às relações privadas e na técnica de interpretação conforme à Constituição.

Princípios como da dignidade, solidariedade, afetividade, igualdade, pluralidade familiar, liberdade e responsabilidade e direito à felicidade não podem deixar de nortear o debate. Acresça-se ainda que nos núcleos paralelos onde houver o preenchimento dos requisitos da estabilidade, ostensibilidade, afetividade não há como deixar de reconhecer como família.

Nestes termos a aplicação dos princípios constitucionais aditados aos requisitos legais da união estável e o *animus* de constituição de família são elementos suficientes para o reconhecimento de união estável paralela.

Seria um contrassenso falar em igualdade de direitos entre os filhos, independente da origem e o mesmo efeito não se verificar em relação ao núcleo familiar, tido por ilegítimo. O não reconhecimento de efeitos jurídicos na união estável paralela atenta contra a dignidade de todos os indivíduos integrantes daquele núcleo.

Quando a Constituição instaura uma garantia, ela elege um grupo social para ser tutelado. Logo, conferir consequências jurídicas diferentes a duas situações fáticas semelhantes com o mesmo núcleo comum atenta contra toda a coerência hermenêutica. Haveria na verdade a manutenção da exclusão, uma atitude punitiva e injusta frente ao princípio da pluralidade familiar.

As uniões estáveis paralelas (situações de fato) são relações de afeto lastreadas nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Negar-lhes a existência “é simplesmente não ver a” realidade, com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças Cabe questionar o que fazer

---

<sup>10</sup>Cf. Direito Civil. *Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>11</sup>Cf. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>12</sup>Cf. *Concubinato e União Estável*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>13</sup>Cf. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>14</sup>Cf. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. 20. ed. Rio de Janeiro: Gen- Forense, 2012.

diante de vínculo de convivência constituído independentemente da proibição legal, e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua, duradoura e, muitas vezes, com filhos.

Fechar os olhos a uma realidade é negar-lhe a existência, sob o fundamento de ausência do objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. Rejeitar qualquer efeito a esses vínculos e condená-los à invisibilidade gerando irresponsabilidades e enriquecimento ilícito de um em desfavor do outro. O resultado é mais que desastroso, é perverso. Nega-se divisão de patrimônio, nega-se obrigação de alimentar, nega-se direito sucessório. Com isso, nada mais se estará fazendo do que incentivar o surgimento desse tipo de relacionamento. Estar à margem do direito traz benefícios, pois não impõe nenhuma obrigação. Quem vive com alguém por muitos anos necessita dividir bens e pagar alimentos. Todavia, àquele que vive do modo que a lei desaprova, simplesmente, não advém qualquer responsabilidade, encargo ou ônus.

Quem assim age, em vez de ser punido, acaba sendo privilegiado. Não sofre qualquer sanção e acaba sendo premiado. Porquanto comprovada a duplicidade de células familiares. E conferir tratamento desigual a essa situação fática importaria grave violação ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. “O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, não obstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja ‘digna’ de reconhecimento judicial.”<sup>15</sup>

Silvio Venosa, a respeito do problema, assim se manifesta:

o maior volume de problemas surge quando se desfaz concubinato, com aquisição comum de patrimônio, com existência paralela de casamento. Nesse caso, as discussões serão profundas acerca da atribuição do patrimônio. O mesmo se diga quando ocorrem duas uniões sem casamento concomitantemente. Temos que definir duas massas patrimoniais, a meação, atribuível ao companheiro (a) e atribuível ao esposo (a). Em princípio, caberá dividir o patrimônio com base no esforço comum desse triângulo, o que nem sempre será fácil de estabelecer na prática.<sup>16</sup>

Inconcebível se pensar em liberdade, sem a necessária responsabilidade pelo agir. É uma relação direta de causa e consequência, inclusive é neste sentido que o Estatuto das Famílias (PLS 470- 2013) deve ser compreendido, conforme de extrai da redação dos seguintes artigos:

---

<sup>15</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.

<sup>16</sup>Cf. *Direito Civil - Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 394.

Art. 3º É protegida a família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram.

Art. 5º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto:

I – a dignidade da pessoa humana;

II – a solidariedade;

III – a responsabilidade;

IV – a afetividade;

V – a convivência familiar;

VI – a igualdade das entidades familiares;

VII – a igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente;

VIII – o direito à busca da felicidade e ao bem-estar.

Art. 14. As pessoas integrantes da entidade familiar têm o dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família.

Parágrafo único. A pessoa casada, ou que viva em união estável, e que constitua relacionamento familiar paralelo com outra pessoa, é responsável pelos mesmos deveres referidos neste artigo, e, se for o caso, por danos materiais e morais.<sup>17</sup>

Como cediço, a responsabilidade é necessariamente relacional, quer dizer, de uma pessoa adiante da outra. Logo, na dimensão da responsabilidade encontra-se o respeito ao direito fundamental do outro à felicidade. Neste sentido, não se pode vislumbrar felicidade se há a negativa ao projeto de vida de um, em prol do outro.

No campo jurisprudencial, a pesquisa foi realizada nos mesmos moldes da anteriormente referenciada.

No STJ, nas turmas de direito privado, como visto, não há nenhum julgado favorável ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas, porém destaquem-se os REsp 1107192 / PR 2008/0283243-0 de relatoria do Ministro MASSAMI UYEDA Órgão Julgador TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 20/04/2010<sup>18</sup> e o REsp Nº 1.157.273 – RN (2009/0189223-0) de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI Órgão Julgador TERCEIRA TURMA Data do

---

<sup>17</sup>Ver LÓBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Família e responsabilidade: teoria e prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. Ver também DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>18</sup>Os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrihados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada –, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano. Deve o juiz, ao analisar as lides de família que apresentam paralelismo afetivo, de acordo com as peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

Julgamento 18/05/2010,<sup>19</sup> cujos argumentos, essencialmente, principiológicos também poderiam servir de base para um eventual reconhecimento de uniões paralelas. Tal aspecto ratifica o desafio do hermenêuta de utilizar os princípios no caso concreto de modo ético e coerente.

Em recente julgado (09/04/13), o STJ, no REsp 1.126.173 MG, ampliou o sentido de bem de família, quando diante da situação fática de duas famílias acatou a tese da impenhorabilidade de bens imóveis que serviam às famílias. Embora, o Tribunal, não tenha enfrentado o mérito das famílias paralelas e a concessão ao direito ao patrimônio mínimo tenha se dado em razão da existência de filhos, provenientes da segunda relação.

Interessante também os argumentos utilizados pelos TRFs da 4<sup>a</sup> 20<sup>e</sup> 5<sup>a</sup> 21<sup>e</sup> Região, quanto ao reconhecimento do compartilhamento de pensão, são eles:

Dependência econômica de ambas em relação ao morto, presumida com base na Lei da previdência (Lei nº 8213/91);

O dever de assistência moral e material;

Inexiste ofensa ao texto constitucional o reconhecimento de duas uniões simultâneas;

Há necessidade de se amenizar o rigor do requisito da publicidade na União estável. Não reconhecer uma entidade familiar simultânea, com base no moralismo, no conservadorismo e no preconceito é um verdadeiro retrocesso.

Não há que se falar em ordem de preferência entre as uniões.

Em sede de TJ, as 7<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup> Câmaras Cíveis do RS vêm enfrentando a matéria há vários anos, não por acaso tem um maior número de julgados em relação aos demais tribunais, o que não significa concluir que todos tenham sido procedentes, ou julgados unânimes na turma. De modo exemplificativo, colacionamos um julgado e trechos de outros processos.<sup>22</sup>

<sup>19</sup>(...) o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a buscada realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés firmados no princípio da eticidade.

<sup>20</sup>A 6<sup>a</sup> turma do STJ (direito público) manteve a decisão de divisão de pensão, mas sem entrar no mérito do reconhecimento de uniões simultâneas, mas por questões processuais (REsp 979.562 17/04/13). A 5<sup>a</sup> Turma, assentou a possibilidade de rateio de pensão por morte entre a ex-mulher e a companheira, não havendo falar em ordem de preferência entre elas, sem adentrar, especificamente, nas hipóteses de paralelismo afetivo (REsp 856.757/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 2.6.2008; REsp 628.140/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 17.9.2007).

<sup>21</sup>TRF-5 – Ap Cível AC 375908 PE 0021230-49.2003.4.05.8300 (TRF-5) Data de publicação: 13/06/2008. TRF-5 – Ap Cível AC 432123 RN 0004762-64.2004.4.05.8400 (TRF-5) Data de publicação: 17/10/2008. TRF-5 – Ap Cível AC 465777 AL 0006508-32.2006.4.05.8000 (TRF-5) Data de publicação: 24/02/2010.

<sup>22</sup>Ap Cível Nº 70012696068, 8<sup>a</sup> Câmara Cível, TJ do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/10/2005; Ap Cível nº 70010787398, 7<sup>a</sup> Câmara Cível, TJ do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/04/2005; Ap Cível nº 70015693476. TJ RS Rel. Des. JOSÉ S. TRINDADE. J. 20/07/2006).



Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de jure. Meação que se transmuda em triação, pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (Relator Ruy Portanova – Apelação Cível nº 70011258605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 25/08/2005).

Não reconhecer é fechar os olhos a uma realidade que cada vez mais tem batido à porta do judiciário, não sendo possível o Estado deixar de dar a devida tutela a toda uma história de vida das pessoas envolvidas no litígio, sob pena de causar uma grave injustiça.

Conferir consequências jurídicas distintas a duas situações fáticas semelhantes (duas células familiares) importaria violação ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Seria do ponto de vista daquele que pleiteia o reconhecimento de sua relação, em muitos casos, dizer que a pessoa não viveu aquilo que viveu que é uma pessoa ‘menor’ do que aquelas que compõem a relação protegida pelo Estado, circunstância que, evidentemente, configura uma indignidade. (TJRS Apelação Cível n. 70021319421).

Ainda merecedor de destaque é um pequeno trecho da fundamentação da 5ª Câmara Cível do TJ MG, ao julgar um processo pertinente ao tema.

Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. Direito a alimentos. (Apelação cível nº 1.0017.05.016882-6/003 20/11/2008).

Outro julgado interessante é o do TJ DF – (Apelação Cível 20060310001839. Data de publicação: 21/07/2008).

Em regra geral, não se admite o reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes, sendo a segunda relação, constituída à margem da primeira, tida como concubinato ou, nas palavras de alguns doutrinadores, “união estável adúltera”, rechaçada pelo ordenamento jurídico. Todavia, as nuances e peculiaridades de cada caso concreto devem ser analisadas para uma melhor adequação das normas jurídicas regentes da matéria, tendo sempre como objetivo precípuo a realização

da justiça e a proteção da entidade familiar – desiderato último do direito de família. iii – comprovado ter o de cujus mantido duas famílias, apresentando as respectivas companheiras como suas esposas, tendo com ambas filhos e patrimônio constituído, tudo a indicar a intenção de constituição de família, sem que uma soubesse da outra, impõe-se, excepcionalmente, o reconhecimento de ambos os relacionamentos comuniões estáveis, a fim de se preservar os direitos delas advindos.<sup>23</sup>

Após identificação dos variados argumentos doutrinários e jurisprudenciais contrários e favoráveis à possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis paralelas abre-se um rol de questionamentos possíveis, quais sejam:

- a. A monogamia, em grande medida, é transporta à união estável, mas é possível uma regra própria do casamento, restritiva de direito incidir em outro instituto?
- b. O mesmo argumento serve também para a fidelidade que é própria do casamento, enquanto na união estável há o dever de lealdade. As expressões são sinônimas e recai na mesma restrição?
- c. A união estável pode ser equiparada ao casamento? Importa em um instituto com características próprias, ou figura como uma “antessala” do casamento?
- d. E a putatividade, regra específica do casamento (art. 1561 CC), pode ser aplicada à união estável?
- e. É justo uma relação de afeto se equiparar a uma sociedade de fato (S.380) cuja função prestante foi da década de 60 e ser transportada, acriticamente, à realidade atual?<sup>24</sup>
- f. Pode-se falar em união estável concubinária? E na hipótese de uma pessoa solteira relacionar-se, simultaneamente, com outras pessoas, também solteiras, configura concubinato?
- g. No caso do bem de família que o STJ estendeu em razão dos filhos da segunda relação, se a mulher fosse sozinha não caberia à tutela?

---

<sup>23</sup>TJ-DF – Ap Cível APL 375077920078070001 DF 0037507-79.2007.807.0001 (TJ-DF) 24/06/2009.  
TJ-DF – Ap Cível APL 1838320068070003 DF 0000183-83.2006.807.0003 (TJ-DF) 21/07/2008.  
TJ-DF – Ap Cível APL 153723820058070003 DF 0015372-38.2005.807.0003 (TJ-DF) 21/07/2008.

<sup>24</sup>STF- Súmula nº 380/ 1964. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

## 5. CONCLUSÕES

O modelo de família do século XXI é de uma família real, concreta que enfrenta os dramas da realidade, os nós e as tensões diuturnas, mas sem perder de vista a ternura, o cuidado, a afetividade, a dignidade, a ética e a responsabilidade solidária de todos que compõem o grupo familiar.

A laicidade e o reconhecimento jurídico da hipercomplexidade e da pluralidade das relações interprivadas, mediante um grau necessário de intervenção estatal deve promover e não olvidar esforços quanto à prática de medidas garantidoras ao desenvolvimento pleno de cada um dos membros integrantes daquele núcleo familiar.

O Direito justo é aquele que captura a realidade e empresta-lhe efeitos jurídicos às situações de fato. Deixar de reconhecer a simultaneidade das relações, não fará com que deixem de existir e, ao mesmo tempo negar a existência de uma relação de afeto revestida das mesmas características das outras entidades familiares é no mínimo preconceituoso e atentatório aos princípios constitucionais.

O viés da superação de preconceitos e das condutas discriminatórias deve ser a tônica no enfrentamento da delicada e complexa realidade das uniões estáveis paralelas, além do reconhecimento de uma dívida com inúmeras relações de afeto tidas por invisíveis e, por conseguinte ausentes de tutela jurídica ao longo da história do Direito de Família.

As escolhas individuais de cada sujeito, quanto ao seu núcleo familiar, devem ser respeitadas. A pessoa não pode ser estigmatizada socialmente por buscar o seu direito à felicidade, ainda que a escolha não esteja contemplada na lei.

Diante da reconhecida pluralidade das entidades familiares, inexistente qualquer óbice constitucional que impeça o reconhecimento de uniões estáveis paralelas, principalmente, se o problema for enfrentado na perspectiva do binômio liberdade-responsabilidade.

Não há nenhuma apologia a quebra da monogamia/fidelidade, mas um chamamento à ética da responsabilidade presente nas relações existenciais. Assim, o Estado não pode pretender controlar a conduta das pessoas no campo afetivo,<sup>25</sup> mas deve impor responsabilidades pelos atos praticados. O não reconhecimento de direitos oriundos de uma relação, ainda que paralela, importa numa blindagem e um estímulo à irresponsabilidade por parte do

---

<sup>25</sup>Trecho da Apelação Cível 196.007-2/PE, da lavra do Desembargador José Fernandes de Lemos – 5ª Câmara Cível TJPE, julgado em 12/06/2013: “Em uma democracia pluralista, o sistema jurídico-positivo deve acolher as multifárias manifestações familiares cultivadas no meio social, abstenendo-se de, pela defesa de um conceito restritivo de família, pretender controlar a conduta dos indivíduos no campo afetivo.”

agente, a exemplo do que ocorreu durante anos com o histórico estatuto da desigualdade da filiação, no qual os filhos ilegítimos eram invisíveis perante a lei.

Por fim, quanto aos questionamentos propostos, anteriormente, nossas reflexões são no sentido de que não pode haver transposição de uma situação restritiva de direitos de um instituto para outro, a exemplo dos inerentes ao casamento serem transpostos à união estável. São institutos próximos, mas que não se confundem.

Entre os companheiros, a dimensão da lealdade, necessariamente, não se confunde com a de fidelidade, pois, enquanto essa é compreendida como controle da sexualidade, aquela se encontra no plano do exercício da liberdade das partes.

Nestes termos, na dúvida quanto a existência ou não de um núcleo familiar paralelo, *in dubio pro família*.



# PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

ROLF MADALENO<sup>1</sup>

www.rolfmadaleno.com.br

**Sumário:** 1. Finitude humana e sucessão. 2. Pessoa física e jurídica, patrimônio e sucessão. 3. Empresas familiares. 4. Empresa familiar e planejamento sucessório. 5. O planejamento sucessório. 5.1. A sucessão no casamento e na união estável. 5.2. As doações em razão das núpcias. 5.3. Doação com cláusula de reversão. 5.4. Doação com reserva de usufruto. 5.5. O pacto antenupcial. 5.6. Regimes de bens. 5.7. Alteração do regime de bens. 5.8. Contrato de união estável. 5.9. O bem de família. 5.10. Planos de previdência privada. 5.11. Seguro de vida por morte. 5.12. Testamento. 5.13. Deliberação sobre a partilha. 5.14. Partilha em vida. 5.15. Adiantamento da legítima e a colação. 5.16. Direito real de habitação. 5.17. *Trust*. 5.18. Fideicomisso. 5.19. Sucessão da pessoa jurídica. 5.20. *Holdings*. 6. A desconsideração da pessoa jurídica. 7. Bibliografia.

## 1. FINITUDE HUMANA E SUCESSÃO

A vida humana não é perene, embora possa ser abundante, mas, pelos desígnios do tempo, para alguns, por obra do acaso, por mais dias, para outros menos afortunados, por menos dias, sucede que, no curso normal da vida a nossa existência física um dia termina, ficando nossos herdeiros e aqueles que nos são afetivamente próximos, além da nossa herança material e imaterial. Tratar da sucessão em vida sempre representou um enorme tabu, um mau agouro, o que torna o tema um tanto indigesto, comumente postergado para o infinito da existência da pessoa que, infelizmente, não dispõe desse tempo imorredouro. É direito de todo o indivíduo planificar o destino de seus bens tanto durante a sua vida como para depois de sua morte, e para muitos se trata de uma necessidade prever, até onde seja possível, nos limites da legislação sucessória a distribuição e o destino de seus bens.

Como diz Leonardo J. Glikin, nossos pertences acumulados durante nossa vida, seja qual for o seu valor material ou afetivo, um dia serão transmitidos aos nossos herdeiros, lembrando que também na vizinha Argentina são poucas as pessoas que, sem padecerem de alguma enfermidade

---

<sup>1</sup>Advogado e Professor de Direito de Família na Graduação e Pós-Graduação da PUC/RS. Diretor Nacional do IBDFAM. Mestre em Processo Civil pela PUC/RS. Autor do "Curso de Direito de Família", Editora Forense, 5ª edição.

crônica, consultam profissionais especializados sobre questões relacionadas à sua sucessão.<sup>2</sup>

No entanto, é tema da maior importância o ato de uma pessoa promover o planejamento sucessório do seu patrimônio, pois é incontestável que um indivíduo detentor de uma riqueza construída em vida, também tenha planejado os caminhos percorridos com a construção da sua fortuna e o percurso das suas conquistas, sendo absolutamente coerente busque igualmente contribuir antes de sua morte com a planificação futura dos bens que deixará para seus herdeiros. O planejamento sucessório, até onde isso seja possível, permite às pessoas preverem quem, quando como e com quais propósitos serão utilizados os bens destinados a seus herdeiros legítimos e testamentários, reduzindo conflitos, fortalecendo vínculos, identificando lideranças e atuando na preservação dos interesses familiares, que ao fim e ao cabo, continuarão atendendo pela própria essência do acervo material a nutrição e o constante processo de socialização dos sucedidos.

É essencial pensar que no futuro, quando não mais se está fisicamente presente entre as pessoas amadas e admiradas, que seja possível planificar a transferência do patrimônio pessoal de uma forma racional e segura, respeitados os comandos da legislação vigente. Com um adequado planejamento patrimonial é factível reduzir desacertos pessoais, e afastar desinteligências e dissensões sucessórias, não só para minimizar conflitos familiares com suas inevitáveis perdas materiais, tão comuns em um cenário de desordem sucessória, como buscar evitar uma descontrolada subversão emocional.

Com a morte, as pessoas esperam sejam seus bens sejam destinados aos seus descendentes, ou aos ascendentes, cônjuge ou companheiro, cujos personagens compõem o entorno familiar o mais próximo círculo de relações do autor da herança. Não é outro o espírito da legislação brasileira quando trata da ordem de vocação hereditária e estabelece restrições à livre disposição patrimonial quando existirem herdeiros necessários (CC, art.1.845). Supõe a legislação brasileira que, a média dos componentes da sociedade aspira fiquem seus bens com seus entes mais próximos. Embora esta presunção também exista nos países anglo-saxões, ao contrário do Brasil, eles outorgam ao testador ampla liberdade para dispor de seus bens, privilegiando inteiramente a vontade do testador, e assim, discrepando do modelo brasileiro de testamento que limita a livre partilha.<sup>3</sup>

A expressão planejamento sucessório compreende um conjunto de projeções realizadas em vida, para serem cumpridas como manifestação de um querer especial, sobrevivendo a morte do idealizador, sendo então cumprida sua vontade em sintonia com seus antecipados desígnios tudo

<sup>2</sup>GLIKIN, Leonardo J. *Pensar la herencia*. Buenos Aires: Caps-Consejo Argentino de Planificación Sucesoria Asociación Civil Ediciones, 1995, p. 19.

<sup>3</sup>CARREGAL, Mario A. La problemática de la planificación patrimonial y posibles alternativas que brinda el fideicomiso. In: *Planificación patrimonial y sucesoria*. Buenos Aires: Heliasta, 2012, p. 18.

com vistas ao bem comum de seus herdeiros, construindo um ambiente de pacífica transição da titularidade da herança, contribuindo o planejamento da sucessão para a melhor perenização do acervo do espólio.

É como refere Moacir César Pena Jr., “em caráter preventivo, o planejamento sucessório permite ao titular do patrimônio definir, ainda em vida, o modo como deve ocorrer a transferência dos bens (imóveis, móveis, ações, aeronaves, fazendas, empresas, controles dos negócios, etc.) aos seus sucessores após sua morte, evitando, assim, eventuais conflitos, cujos reflexos negativos possam recair sobre o patrimônio deixado”.<sup>4</sup>

## 2. PESSOA FÍSICA E JURÍDICA, PATRIMÔNIO E SUCESSÃO

Corriqueiramente, administramos nosso patrimônio estudando as melhores opções financeiras, os melhores negócios, buscando oportunidades para desenvolver, fazer crescer nosso patrimônio. Uma vez acumulada a riqueza, o homem se preocupa em protegê-la das mais distintas ameaças e busca formas de transferi-la com segurança para seus sucessores. Com o advento e amadurecimento do capitalismo a riqueza passou a se concentrar nas empresas, sem afastar do gestor a preocupação na proteção e transferência aos seus herdeiros.<sup>5</sup>

Bastante comum que os bens sucessíveis estejam representados por empresas de diferentes portes e distintos tipos sociais, e justo neste mundo societário, o planejamento sucessório se transforma em uma relevante ferramenta para o fundador preparar sua sucessão na empresa familiar. Um meio simples de classificar as sociedades empresárias é dividi-las entre *sociedades contratuais*, cujo instrumento de constituição é o contrato social, e *sociedades institucionais*, representadas pelas chamadas sociedades anônimas, cuja fundação é edificada em um estatuto social.<sup>6</sup>

As sociedades empresárias mais difundidas no Brasil são as sociedades limitadas e depois as sociedades por ações, mas ambas podem assumir características de empresas familiares, apresentando como elemento de identificação a *affectio societatis*, advinda de vínculos pessoais de fidelidade e confiança existentes entre os sócios. Conforme aconselham Roberta Nioac Prado e Angela Rita Franco Donaggio “ainda que a sociedade limitada tenha sua estrutura mais simples do que a de uma sociedade por ações, além de ter seus custos inferiores no que respeita às publicações obrigatórias, é recomendável que nos casos que envolvam grandes volumes de capital e

<sup>4</sup>PENA JR., Moacir César. *Curso completo de direito das sucessões*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Método, 2009, p.21.

<sup>5</sup>VENTURA, Luciano Carvalho. A empresa e a sucessão. In: *Patrimônio e sucessão*. Como garantir os herdeiros e os negócios. São Paulo: Maltese, 1993, p. 120.

<sup>6</sup>MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Empresas familiares*. Administração, sucessão e prevenção de conflitos entre sócios. São Paulo: Atlas, 2012, p.26.



quantidade de sócios um estudo mais detalhado seja feito para que se chegue a melhor estratégia societária a ser adotada”.<sup>7</sup>

As sociedades anônimas distribuem dividendos em cada exercício, enquanto a distribuição dos lucros de uma sociedade limitada depende da decisão da maioria do capital social.<sup>8</sup> Quem deseja prever o futuro de certos bens que compõem seu patrimônio desenvolve estratégias de planificação sucessória e patrimonial de longo prazo com o objetivo de projetar seus negócios, corrigindo e acertando o uso e aproveitamento de seus bens, protegendo suas riquezas e quem delas depende, tanto nesta como nas próximas gerações. A planificação patrimonial engloba diversos interesses de distintas áreas de atuação, como é o caso do direito empresarial, do direito de família, do direito sucessório, trabalhista, inclusive com extrema utilidade no campo do planejamento tributário e fiscal.

O planejamento tributário visa uma lícita economia fiscal, diante da elevada carga tributária, a atividade empresaria deve ser preventiva, projetando os tributos e as opções disponíveis de redução da carga tributária, evitando, onde for possível, o procedimento mais oneroso do ponto de vista fiscal.<sup>9</sup>

### 3. EMPRESAS FAMILIARES

As sociedades familiares são a *coluna vertebral* dos países com economia de mercado, por representarem entre 60 a 85% de todas as empresas,<sup>10</sup> enquanto no Brasil elas alcançam 90% das sociedades empresárias, mas, somente 5% delas sobrevivem além da terceira geração.<sup>11</sup>

Conforme Ernesto G. Niethardt uma “empresa é familiar quando uma ou mais famílias têm uma participação na propriedade, que lhes permite exercer através de seus membros e com vontade de continuidade, o poder de decisão e o governo da empresa”.<sup>12</sup>

Adriana Krasnow e Gabriela Calcaterra definem uma empresa familiar como sendo “toda organização dos fatores de produção para o desenvolvimento de uma atividade econômica de produção e intercâmbio de bens ou de serviços com um fim econômico, cuja sociedade é composta

---

<sup>7</sup>PRADO, Roberta Nioac; DONAGGIO, Ângela Rita Franco; CARMO, Lie Uema do; PRADO, Viviane Uller. Determinantes estratégicas na escolha do tipo societário: Ltda. ou S.A.? In: *Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório*. 2. ed. São Paulo: Saraiva-FGV, 2011, p. 40.

<sup>8</sup>BRITO, Cristiano Gomes de. Estratégias de proteção patrimonial nas empresas familiares. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coord.). *Temas contemporâneos de Direito das Famílias*. São Paulo: Pillares, 2013, p. 354.

<sup>9</sup>MALLMANN, Nelson. Planejamento tributário nacional e internacional e a norma antielisão. In: ANAN JR., Pedro (Coord.). *Planejamento fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 690.

<sup>10</sup>NIETHARDT, Ernesto G. *La empresa familiar y sus protagonistas*. Buenos Aires: Editorial Dunken. 2007, p.25.

<sup>11</sup>MOREIRA JÚNIOR, Armando Lourenzo. *Bastidores da empresa familiar*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2-3.

<sup>12</sup>NIETHARDT, Ernesto G. *Op. cit.*, p. 33.

por pessoas vinculadas entre si, no todo ou em parte, por vínculos familiares ou derivados do parentesco”.

Desta concepção se depreendem as seguintes características: a) o poder econômico se concentra no seio da família; b) o poder de decisão é exercido, ao menos na primeira geração, exclusivamente pelo *cabeça* da família; c) os recursos econômicos investidos na empresa se originam da família; d) a forte presença do fundador ameaça a subsistência da empresa diante do seu afastamento da função de diretor; e) a composição societária da empresa, tanto na órbita da propriedade como nos quadros de gerenciamento, é total ou majoritariamente familiar; f) trazem a constituição de uma pessoa jurídica distinta dos membros que a integram, destinada a produção de bens ou à prestação de serviços; g) tem como fim o lucro de cada um de seus membros, como vinculação direta e como utilidade da sociedade.<sup>13</sup>

As sociedades empresárias familiares são diferentes de uma empresa comum, pois têm aspectos que as distinguem por conta da condução muito pessoal do seu funcionamento e da sua direção, onde a marca registrada é a gestão de seu fundador. Elas têm as mais diferentes estruturas de organização e de administração, podendo ser uma empresa familiar doméstica, dado ao seu pequeno porte, e no fato de seu comando ser composto exclusivamente por familiares. Em paralelo está a empresa familiar tradicional, por igual pertencente a poucas pessoas, e embora a diretoria seja constituída exclusivamente por familiares, postos de gestão podem estar ocupados por pessoas sem vínculos de parentesco. Existem empresas familiares de pequeno, médio e grande porte, com seus cargos de direção preenchidos por parentes, e não parentes. E também existem empresas familiares de capital aberto que se encontram em mãos de pessoas alheias ao grupo familiar, cujos postos de direção são ocupados por não familiares.<sup>14</sup>

Empresas familiares sempre adicionam preocupações relacionadas com a continuidade ao negócio familiar. Estruturar a sucessão empresarial é ato inteligente de governança familiar, porquanto não são poucos os problemas que surgem em famílias empresárias em razão dos regimes de casamento, da estável convivência, e sobretudo diante da visceral dependência econômica daqueles familiares, cuja fonte de sobrevivência advém apenas dos lucros da empresa familiar. Empresas concentradas no comando centralizador do fundador têm maior dificuldade no planejamento da transferência da gestão. Como visto, as empresas familiares representam a maioria das sociedades de pequeno, médio e grande porte, servindo a planificação sucessória como proteção do patrimônio da empresa, com a detalhada escolha dos sucessores encarregados da administração depois do falecimento ou do

<sup>13</sup>KRASNOW, Adriana; CALCATERRA, Gabriela. *Introducción a la empresa de familia*. In: CALCATERRA, Gabriela; KRASNOW, Adriana (Coord.). *Empresas de familia*. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia. Buenos Aires: La Ley, 2010, p.15-16.

<sup>14</sup>KRASNOW, Adriana; CALCATERRA, Gabriela. *Introducción a la empresa de familia*. In: CALCATERRA, Gabriela; KRASNOW, Adriana (Coord.). *Empresas de familia*. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia. Buenos Aires: La Ley, 2010, p.16-17.

afastamento do fundador, evitando as inseguranças e os contratempos gerados na transição. Dificuldades oriundas dos regimes matrimoniais, em que meações são reivindicadas, ou problemas são causados por herdeiros sem nenhuma afinidade societária, e sem nenhum preparo para o exercício de uma administração profissional, bem dimensionam a importância do planejamento sucessório e a relevância de outros mecanismos que na seara empresarial também contribuem para a proteção e o aperfeiçoamento da gestão patrimonial, como: 1) os acordos de quotistas acionistas, referente a um contrato celebrado por acionistas pertencentes a uma mesma companhia, tratando de interesses relativos ao direito de voto, acerca da compra e venda de ações ou preferência para adquiri-las e também sobre o exercício do poder de controle da sociedade empresária;<sup>15</sup> 2) a administração dos negócios que deverá ser realizada por três espécies de governança; 2.a) a governança corporativa e cujo objetivo é dirigir a monitorar a empresa em conjunto com seus proprietários familiares, administradores e órgãos de controle, estabelecendo uma política de transparência na administração da sociedade, com ampla prestação de contas, tudo realizado no propósito de perpetuar os negócios da empresa familiar, valendo-se do conselho de administração, conselho fiscal e auditores independentes;<sup>16</sup> 2.b) a governança familiar, que é um conjunto de regras e estruturas particulares, com o propósito de administrar questões relativas às relações pessoais e sociais entre os familiares ligados a uma empresa;<sup>17</sup> 2.c) a governança jurídica, estabelecendo regras de doação, sucessão legítima e testamentária, ademais dos regimes de bens dos futuros cônjuges que ingressem na família;<sup>18</sup> 3) a constituição de sociedade *holding*, cuja finalidade é a de adquirir e manter ações ou quotas de outras sociedades, com o objetivo de controlá-las.<sup>19</sup>

#### 4. EMPRESA FAMILIAR E PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

No direito sucessório, a planificação é minuciosamente estudada para proceder à passagem do controle da empresa de uma geração para outra, e isto respeita a uma técnica de organização preventiva de distribuição, manutenção, administração e bom governo na sucessão da propriedade familiar. O planejamento sucessório não se restringe à existência de sociedades empresárias e muito menos às sociedades empresárias de constituição familiar.

---

<sup>15</sup>PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. *Direito empresarial*. Teoria geral, Direito societário, títulos de crédito, recuperação de empresa, falência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p.169.

<sup>16</sup>BRITO, Cristiano Gomes de. Estratégias de proteção patrimonial nas empresas familiares. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coord.). *Temas contemporâneos de Direito das Famílias*. São Paulo: Pillares, 2013, p. 358.

<sup>17</sup>BRITO, Cristiano Gomes de. *Op. cit.*, p. 359.

<sup>18</sup>*Ibidem*.

<sup>19</sup>*Ibidem*, p. 363.

A aposentadoria, morte ou afastamento do fundador de uma empresa familiar constitui uma das instâncias mais importantes da sociedade, sendo fácil compreender a relevância de um preventivo planejamento sucessório. Seus atos importam na adoção em vida, pelo titular de bens, de um conjunto de procedimentos visando à transmissão de sua administração e o destino de sua herança, com a transferência de seu acervo pessoal, representado por móveis, valores monetários, imóveis e participações societárias de empresas que podem ou não ser familiares. No Direito anglo-saxônico a planificação sucessória não precisa respeitar os limites da legítima pertencente aos herdeiros necessários como regulamentado pela legislação brasileira.

O planejamento sucessório assegura maior eficiência na partilha de bens se for realizada uma programação em vida para o processo de sucessão, sendo relevante a antecedência e gradual implementação das diretrizes, sendo definidos os objetivos, tais como a opção pela continuação da empresa na família, e como funcionarão as novas gerações, ou se a empresa deverá ser vendida. Mantida a sucessão familiar devem ser administrados os conflitos existentes os familiares e outros que surgirem diante das expectativas com relação à empresa familiar.<sup>20</sup> A seleção e a criação do sucessor começam com seu treinamento, desde o início da vida, com sua educação e sólida formação universitária, trabalhando fora e dentro da empresa, servindo-se, se for o caso, de um eficiente e leal Conselho de Administração.

Dentro da expressão planejamento patrimonial cria corpo o *planejamento sucessório*, com espectro de atuação mais específico e concentrado. O planejamento patrimonial tem um roteiro de organização patrimonial permanente, e está integrado por outras áreas de atuação, como a do planejamento fiscal e tributário, estes com vistas a reduzir o impacto fiscal sobre a gestão do patrimônio.

Tanto no planejamento patrimonial como no sucessório, são buscados caminhos legais no propósito de planificar a melhor administração dos bens, para preservação do patrimônio pessoal ou empresarial, promovendo aquele que planeja a análise dos riscos inerentes a qualquer negócio. As regras a serem aplicadas estão estritamente dentro dos ditames legais e buscam minimizar os perigos oriundos de crises econômicas, ou causados pelo falecimento de pessoas com postos-chaves na direção empresarial de sociedades familiares, ou surgidos do aumento de carga tributária, das regras de proteção patrimonial previdenciária, sucessória e imobiliária, sendo prospectados temas ligados aos tipos societários, às empresas *offshore*, às empresas *holdings*; à sucessão empresarial; às questões trabalhistas, cíveis, comerciais; à sucessão na empresa familiar; aos regimes de bens e ao direito sucessório.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup>VENTURA, Luciano Carvalho. A empresa e a sucessão. In: *Patrimônio e sucessão*. Como garantir os herdeiros e os negócios. São Paulo: Maltese, 1993, p. 121.

<sup>21</sup>RIBEIRO, Antônio Carlos Silva; GUARIENTO, Daniel Bittencourt; BARBETI, Rodrigo Luciano. *Proteção patrimonial*. Como planejar e proteger o seu patrimônio e de seus herdeiros. 2. ed. Guaxupé/Minas Gerais:

## 5. O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

O planejamento sucessório tem por objetivo o exercício prático de uma atividade preventiva com a adoção de procedimentos realizados ainda em vida pelo titular da herança com vistas à distribuição e ao destino de seus bens para após a sua morte.<sup>22</sup>

Entre estes caminhos tradicionais de planificação patrimonial voltada ao planejamento sucessório podem ser utilizados diversos recursos que se complementam e auxiliam no caminho mais adequado para a sucessão patrimonial de uma pessoa. Instrumentos de maior ou de menor utilidade, mas que, em seu conjunto, se constituem nas úteis ferramentas de construção da planificação patrimonial, que, por sua vez, e na sua medida permite prever até onde é possível, saber quem, quando e com quais propósitos irá utilizar os bens depois da morte do seu titular.

Alguns dos pressupostos utilizados para resguardar o cumprimento de um planejamento sucessório projetado para depois da morte de uma pessoa podem ser identificados nas figuras da *sucessão no casamento*, e na *união estável*; nas *doações interconjugais feitas em razão das núpcias*; ou na *doação com cláusula de reversão*; na *doação com reserva de usufruto*; no *pacto antenupcial*; nos *regimes de bens*; na *alteração do regime de bens*; nos *contratos de união estável*; no *bem de família*; nos *planos de previdência privada*; no *seguro de vida por morte*; no *testamento*; na *deliberação sobre a partilha*; na *partilha em vida*; no *adiantamento da legítima e a colação*; no *direito real de habitação*; no *trust*; no *fideicomisso*; na *sucessão da pessoa jurídica*, em especial por meio da formação de empresas *holdings*. Cada um destes mecanismos contribuiu no conjunto, ou individualmente, na construção do planejamento sucessório.

### 5.1. A SUCESSÃO NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

O universo sucessório perdeu suas referências com o advento do Código Civil de 2002, com a transmutação do viúvo em herdeiro concorrente e, no seu encaixe veio a insegurança jurídica que se instalou com este desconcertante destino dado à herança, e do fato de ela sempre depender de intercorrências fáticas e jurídicas, especialmente quando presente um regime de bens celebrado pela separação convencional, onde justamente nada deveria se comunicar, mas que termina sendo o regime conjugal que afasta a meação, mas um indesejado direito sucessório em favor do afortunado cônjuge sobrevivente (CC, art.1.829). Os tribunais brasileiros

Tático, 2013, p.13-15.

<sup>22</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.390.

vêm construindo jurisprudência negando a sucessão dos bens particulares ao consorte supérstite casado pela separação legal e convencional de bens.

Tampouco a sucessão entre os companheiros gera alguma segurança jurídica diante do tratamento dispensado pelo artigo 1.790 do Código Civil de 2002, embora o convivente tenha sido aliado do epíteto de herdeiro necessário e também da ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil. No direito sucessório, o convivente sobrevivente tem menor participação hereditária quando concorre com parentes colaterais, pois recolhe somente um terço da herança, ficando os 2/3 restantes para os herdeiros transversais.

Estas mudanças da legislação infundiram verdadeiro terrorismo jurídico, inexistente ao tempo de vigência do Código Civil de 1916, instigando as pessoas a precisarem planejar não só suas relações, mas também a sua sucessão, o que não faziam no passado e que se tornou obrigatório na atualidade, desejem ou não amparar seus herdeiros e parceiros sobreviventes.

## 5.2. AS DOAÇÕES INTERCONJUGAIS EM RAZÃO DAS NÚPCIAS

Doações em contemplação a casamento futuro ou doações realizadas entre cônjuges têm especial destaque em um planejamento sucessório, dependendo do regime de bens. A doação feita em razão das núpcias com certa e determinada pessoa, quer entre os noivos, quer realizado por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar (CC, art.546). As doações *propter nuptias* englobam todas as doações que os cônjuges receberam tanto antes como depois do matrimônio.<sup>23</sup> No Direito brasileiro, as doações precedentes ao casamento não se comunicam nos regimes de comunhão limitada e no da participação final nos aquestos (CC, arts. 1.659, I, 1.674); e, obviamente, não se comunicam na separação obrigatória ou na separação convencional de bens (CC, art. 1.687). Já na comunhão universal, só não irão se comunicar quando forem feitas sem a cláusula de incomunicabilidade (CC, art.1.668, IV), de forma que os bens objetos dessas doações não integram o patrimônio comum se existe cláusula de incomunicabilidade. Acaso fossem doados sem a cláusula de incomunicabilidade não haveria realmente a doação, pois os bens com o casamento se tornariam comuns, enquanto os bens doados com a cláusula de incomunicabilidade são considerados próprios do cônjuge donatário, salvo quando doados por terceiros aos dois cônjuges em comunhão.<sup>24</sup> As doações

<sup>23</sup>MANSO, Teresa Hualde. *Consecuencias sucesorias del nuevo matrimonio del viudo: Reservas y limitaciones dispositivas*. Pamplona: Aranzadi. 2007, p. 102.

<sup>24</sup>Civil. Processual civil. Separação convertida em divórcio. Partilha. Possibilidade. Bem doado. Regime de comunhão parcial de bens. Debate sobre a comunicabilidade de doação de numerário para a quitação de imóvel

para determinado casamento não podem ser revogadas por ingratidão, e a aceitação é manifestada pelo casamento. As doações entre cônjuges tinham maior tráfego quando eles não eram herdeiros necessários, servindo a doação testamentária como forma de beneficiar o consorte viúvo, especialmente no regime da separação de bens.

As doações *propter nuptias* a favor dos esposos ou de um deles, ou aos filhos que, de futuro houver um do outro, são feitas por qualquer pessoa em consideração ao casamento, antes ou depois de celebrado, ficando sua eficácia paralisada até que se realize a condição suspensiva representada pelo desfecho do matrimônio com a pessoa indicada no título.<sup>25</sup> Sendo destinatária da doação a prole futura, ainda não concebida, a eficácia da doação está igualmente condicionada ao nascimento com vida do filho do casal.<sup>26</sup>

As doações pré-nupciais podem ser seladas com cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade, como precaução contra possíveis desmandos do outro cônjuge.<sup>27</sup> O texto civil permite anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (CC, art. 550).

### 5.3. DOAÇÃO COM CLÁUSULA DE REVERSÃO

A doação com cláusula de reversão fica subordinada à condição de o donatário falecer antes do doador (CC, art. 547), voltando os bens doados ao patrimônio do doador e vedando o Código Civil, no parágrafo único do artigo 547, a inclusão de cláusula que estipule a reversão dos bens doados em favor de terceiro, caracterizando uma espécie de *fideicomisso inter vivos*, que, na legislação brasileira, só existe na versão testamentária. Nada obsta que o doador estipule uma doação a termo, no sentido de o bem doado reverter ao patrimônio do doador antes mesmo da morte do donatário.<sup>28</sup>

---

adquirido pela recorrente, em casamento regido pela comunhão parcial de bens. O regime de comunhão parcial de bens tem, por testa, a ideia de que há compartilhamento dos esforços do casal na construção do patrimônio comum, mesmo quando a aquisição do patrimônio de corre, diretamente, do labor de apenas um dos consortes. Na doação, no entanto, há claro descolamento entre a aquisição de patrimônio e uma perceptível congruência de esforços do casal, pois não se verifica a contribuição do não-donatário na incorporação do patrimônio. Nessa hipótese, o aumento patrimonial de um dos consortes prescinde da participação direta ou indireta do outro, sendo fruto da liberalidade de terceiros, razão pela qual, a doação realizada a um dos cônjuges, em relações matrimoniais regidas pelo regime de comunhão parcial de bens, somente serão comunicáveis quando o doador expressamente se manifestar neste sentido e, no silêncio, presumir-se-á feitas apenas ao donatário. Recurso provido com aplicação do Direito à espécie, para desde logo excluir o imóvel sob tela, da partilha do patrimônio, destinando-o, exclusivamente à recorrente.” (REsp. n. 1.318.599-SP, Relatora Ministra Nancy Andrigli, julgado em 23.04.2013).

<sup>25</sup>ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Cezar (Coord.), *Código Civil comentado*. 6. ed.. São Paulo: Manole, 2012, p.594.

<sup>26</sup>*Ibidem*.

<sup>27</sup>MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 52.

<sup>28</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. Análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 103.

## 5.4. DOAÇÃO COM RESERVA DE USUFRUTO

Sociedades familiares constituídas com bens particulares para a aquisição de outros bens também têm circulação corrente na prática brasileira, doando em vida a nua propriedade de bens imóveis, ações ou quotas sociais de sociedades empresárias, e resguardando o doador o usufruto dos imóveis e das participações societárias, sendo comum reservar-se também do poder de administração da sociedade, sobre a qual conduz os negócios societários em conformidade com o seu estilo de empreendedor.

## 5.5. O PACTO ANTENUPCIAL

Contratos antenupciais e de união estável permitem ordenar limites à comunicabilidade dos bens, devendo ser pontuado que a legislação brasileira tolhe pactuar ou contratar sobre herança de pessoa viva (CC, art. 426). Não podem ser esquecidas as restrições estabelecidas pelo artigo 1.641 do Código Civil, quando ressalvam a liberdade da estipulação e proíbem a livre escolha dos regimes de bens nas hipóteses declinadas nos três incisos que complementam o *caput* do referido artigo, sendo os nubentes obrigados a se casarem pelo regime legal da separação de bens, muito embora majoritária corrente doutrinária defenda a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Também merece referência o artigo 1.655 do Código Civil, no atinente aos pactos pré-nupciais, quando estabelece ser nula a convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei, podendo uma cláusula ou toda convenção ser considerada nula, passando a vigorar o regime da comunhão parcial, ou ineficaz se não sobrevier o casamento. Por meio do pacto antenupcial os nubentes determinam, prioritariamente, o regime de bens pelo qual desejam reger seu casamento, cuidando sempre das armadilhas de um direito sucessório incidente sempre sobre os bens particulares do consorte falecido.

## 5.6. REGIMES DE BENS

O Direito brasileiro regulamenta quatro diferentes regimes de casamento, sendo ao menos três deles extensivos às relações informais da união estável. No silêncio dos nubentes ou dos conviventes o regime legal é o da comunhão parcial; podendo ser adotado por pacto antenupcial ou contrato de convivência o regime convencional da separação de bens, com seus temerários e indesejados resultados econômicos na viuvez do casamento oriundos do direito sucessório, onde o cônjuge sobrevivente herda sobre os bens particulares do sucedido. Ao lado do regime convencional da separação



de bens está presente o polêmico regime obrigatório da separação de bens, nas hipóteses do artigo 1.641 do Código Civil, existindo precedente do STJ que estende para a união estável as causas suspensivas do casamento. Para este regime imposto pela Lei Civil, doutrina e a jurisprudência afirmam incidir a Súmula 377 do STF, a qual ordena a partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do relacionamento. Por fim, subsistem os regimes da comunhão universal de bens e o da participação final nos aquestos, transcorrendo diferentes efeitos jurídicos no direito sucessório, conforme o regime escolhido pelos cônjuges ou conviventes, ressalvado o fato de a jurisprudência negar a possibilidade de adoção da comunhão universal para a união estável.<sup>29</sup> O grande celeuma dos regimes matrimoniais ocorre no fato de o cônjuge viúvo herdar sobre os bens particulares do falecido não obstante as seguidas exceções jurisprudenciais, especialmente do STJ.<sup>30</sup>

## 5.7. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

Os regimes de bens contratados para o casamento e para a união estável podem ser alterados no curso do casamento ou da união estável e cujo efeito jurídico era tradicionalmente havido como retroativo – *ex tunc*, incidindo a mudança do regime desde o início do casamento, ou da relação de convivência. Existe certo temor na reversão restritiva das alterações judiciais ou contratuais do primitivo regime de bens, por conta do risco de ser afastada precedente comunidade de bens em regime de comunhão ou parcial, alterado para o de separação de bens. A súbita modificação de um regime de comunhão para outro de subtração de bens regulando um passado patrimonial já consolidado entre os cônjuges ou conviventes deve ser visto

<sup>29</sup>Apelação. Agravo retido. União estável e partilha. Contrato particular de união estável, com adoção do regime da comunhão universal de bens. Oitiva das testemunhas e perícia. Necessidade. Partes que celebraram um contrato particular de união estável, assinado por duas testemunhas, no qual adotaram o regime da comunhão universal de bens. Sentença que decidiu nula a cláusula de adoção do regime da comunhão universal, por simulação. Agravo retido que atacou o indeferimento de produção de prova oral, com a qual a parte recorrente pretendia provar a data em que o contrato particular de união estável foi assinado. Mas a data em que o contrato foi assinado é irrelevante, pois o regime da comunhão universal de bens é incompatível com a união estável. Negaram provimento ao agravo retido. Negaram provimento ao apelo.” (Apelação Cível n. 70053113783 da Oitava Câmara Cível do TJRS, Relator Desembargador Rui Portanova, julgado em 02.05. 2013).

“União estável... (...) Existência de escritura pública de união estável estabelecendo o regime da comunhão universal de bens. Descabimento. Partilha. (...) Embora entidade familiar, a união estável não é casamento e, obviamente, não comporta escolha de regime matrimonial de bens, podendo os conviventes ajustarem a incomunicabilidade dos bens, mediante contrato escrito, ou se submeterem ao regime legal de bens do casamento, consoante expressa previsão do art. 1.725 do CCB, mas o regime da comunhão universal de bens é incompatível com essa relação informal. Recurso provido em parte.”(Apelação Cível n. 70049360415, da Sétima Câmara Cível do TJRS, Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 29.08.2012)

<sup>30</sup>REsp. n. 992.479-MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 01.12. 2009.

No mesmo sentido o REsp.n.1.111.095-RJ, Relator para o acórdão Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 01.10.2009: “Direito das Sucessões. Recurso Especial. Pacto antenupcial. Separação de bens. Morte do varão. Vigência do novo Código Civil. Ato jurídico perfeito. Cônjuge sobrevivente. Herdeiro necessário. Interpretação sistemática. 1. O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. 2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário. 3. Recurso conhecido e provido.”

com restrições.<sup>31</sup> Nesta ótica só deveriam ter tráfico com efeito retroativo as alterações dos regimes de bens que acrescessem direitos, mas não naquelas mudanças de regimes visando impor a subtração patrimonial. Esta foi, inclusive, a linha adotada pela Terceira Turma do STJ, em decisão da Ministra Nancy Andrighi, no REsp. n. 1.263.234-TO, julgada em 11 de junho de 2013, ordenando a liquidação e partilha do patrimônio adquirido durante a união estável, vigendo o novo regime a partir do casamento.<sup>32</sup> As modificações dos regimes de bens também têm trânsito nos regimes impositivos de separação de bens quando desaparece a causa suspensiva existente ao tempo da celebração do casamento (CC, art.1.641, incisos I e III).<sup>33</sup>

## 5.8. CONTRATO DE UNIÃO ESTÁVEL

O contrato de convivência é a consagração da autonomia privada, com tratamento diferente no instituto do casamento, porquanto na união estável o regime de bens pode ser livremente modificado, sem qualquer intervenção judicial (CC, art. 1.725), incidindo no silêncio dos conviventes o regime da comunhão dos bens adquiridos de forma onerosa, onde não se comunicam os bens anteriores à união estável e tampouco aqueles havidos a título gratuito, ou por fato eventual. O contrato de convivência pode eleger outros regimes de comunhão, ou de separação de bens, como permite contratar frações superiores ou inferiores a cinquenta por cento de uma

<sup>31</sup>MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.73.

<sup>32</sup>Civil e processual civil. Recurso Especial. Separação. Julgamento *extra petita*. Regime de bens. Efeitos sobre o patrimônio comum anterior ao casamento. 1. Recurso especial em que se discute, além de possível julgamento *extra petita*, os efeitos decorrentes da opção por um determinado regime de bens, em relação ao patrimônio amealhado pelo casal, antes do casamento, mas quando conviviam sob a forma de sociedade de fato. 2. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo, em consideração ao pleito global formulado pela parte. 3. Deduzido pedido para a partilha de todo o patrimônio amealhado durante o casamento, engloba-se, por conclusão lógica, precedentes períodos ininterruptos de convívio sob a forma de união estável ou sociedade de fato, porque se constata a existência de linha única de evolução patrimonial do antigo casal, na qual os bens adquiridos na constância do casamento são fruto, em parcela maior ou menor, do período pré-casamento, quando já existia labor conjunto. 4. Convolada em casamento uma união estável ou sociedade de fato, optando o casal por um regime restritivo de compartilhamento do patrimônio individual, devem liquidar o patrimônio até então construído para, após sua partilha, estabelecer novas bases de compartilhamento patrimonial. 5. A não liquidação e partilha do patrimônio adquirido durante o convívio pré-nupcial, caracterizado como sociedade de fato ou união estável, importa na prorrogação da co-titularidade, antes existente, para dentro do casamento, sendo desinfluyente, quanto a esse acervo, o regime de bens adotado para vigor no casamento. 6. Recurso provido."

<sup>33</sup>"Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal. Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido." (REsp. n. 821.807-PR, da Terceira Turma do STJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19.10.2006).

usual meação.<sup>34</sup> Na união estável, o convivente supérstite não é considerado herdeiro necessário e pode ser excluído da herança por meio de testamento, em que o testador delibera sobre o livre destino de seus bens em prol de terceiros ou deixando tudo apenas para seus descendentes ou ascendentes. A legislação não proíbe, embora não tenha previsto expressamente, nada impede possa alguém converter seu casamento em união estável, para, deste modo, afastar seu ex-cônjuge, agora viúvo sobrevivente da sucessão obrigatória.

## 5.9. O BEM DE FAMÍLIA

A Lei n. 8.009/90 retirou da órbita da penhora o imóvel residencial da entidade familiar, ou criando com o *bem de família* um regime especial de impenhorabilidade e inalienabilidade relativa (tirante as exceções do art. 3º da Lei n. 8.009/90), tornando a entidade familiar titular de um direito de família patrimonial *erga omnes*.<sup>35</sup> Mantidas as regras sobre a impenhorabilidade residencial da Lei n. 8.009/90, dispõe o artigo 1.711 do Código Civil sobre o bem de família *convencional*, mediante escritura pública ou testamento, resguardado até 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. Terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação (CC, art. 1.711, parágrafo único). Esta terça parte do patrimônio líquido instituído como bem de família adicional pode abranger valores mobiliários e cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família (CC, art.1.712).

## 5.10. PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

O regime da previdência privada está subdividido em dois segmentos, um deles aberto e o outro fechado. Na previdência aberta, qualquer pessoa individual ou coletivamente pode contratar, sendo operada por seguradoras autorizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). A previdência fechada é destinada a grupos específicos relacionados por vínculos de emprego, assumindo a entidade fechada de previdência a forma de fundação, ou se o vínculo for associativo o instituidor será uma pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial.

Os planos de previdência privada funcionam como uma alternativa de investimento para garantir complementação à aposentadoria do INSS, oferecendo o mercado o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) e o plano Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL). Trata-se de um regime

<sup>34</sup>MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 70.

<sup>35</sup>SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: Voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

de capitalização, no qual o investidor decide como e quanto receberá, ficando à sua escolha o valor da contribuição e a realização de depósitos adicionais. Os recursos podem ser resgatados antecipadamente, no valor total ou em benefícios mensais até o final da vida.<sup>36</sup> Os fundos de pensão privada correspondem à aposentadoria ou benefício a ser pago diante da incapacidade, ou em decorrência da morte do contribuinte e por isso são classificados como tendo natureza pessoal e incomunicável, por se tratar de um direito inerente à pessoa, embora o contribuinte possa indicar quem ele quer que seja(m) seu(s) beneficiário(s), servindo como eficiente instrumento para gerar valores ao beneficiário indicado, que não passam pelo inventário do instituidor. Por sua natureza a previdência privada estaria excluída do patrimônio comum no regime da comunhão parcial (CC, art. 1.659, VII) e na comunhão universal de bens (CC, art. 1.668, V), comunicando-se, no entanto, no regime da participação final nos aquestos, que não previu sua exclusão e tampouco atribuiu caráter personalíssimo ao benefício advindo da previdência privada, observando João Andrades Carvalho, em comentário feito ainda ao tempo de vigência do Código Civil de 1916, que “a lei exclui do condomínio todo bem que tiver origem na individualidade, isto é, que seja marcado fundamentalmente pela pessoalidade ou que tenha destino nessa mesma direção”.<sup>37</sup>

Há quem defenda a comunicação da previdência privada por haver sido adquirida com valores provenientes do esforço comum durante a união, constituindo-se, portanto, em típico ativo financeiro, devendo por isso ser partilhado no divórcio, ou na dissolução da união estável como um bem patrimonial.<sup>38</sup> Mas, se for considerado um bem patrimonial a ser dividido no divórcio ou na dissolução da convivência, ocorrendo o óbito do titular da previdência, ela também poderia ser reclamada como bem sucessível do espólio, para sua divisão entre todos os coerdeiros. Contudo, este raciocínio não é aplicado porque uma das maiores vantagens da previdência privada reside na liberalidade conferida na indicação do beneficiário. Na ausência de apontamento do beneficiário alguns entendimentos jurisprudenciais aplicam o artigo 792 do Código Civil, pagando metade do pecúlio ao cônjuge não

---

<sup>36</sup>JORNAL ZERO HORA de Porto Alegre, datado de 08 de novembro de 2013, p. 3 do Guia da Previdência Privada.

<sup>37</sup>CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: AIDE, 1996, p. 103.

<sup>38</sup>“Separação judicial. Partilha consensual realizada, com exclusão apenas do plano de previdência privada. Valores depositados na constância do casamento devem observar a meação. Previdência privada está equiparada a investimento financeiro. Questões outras abrangendo título de crédito não tem pertinência, pois todos os bens, dívidas e créditos já foram partilhados. Sentença válida e eficaz. Devido processo legal observado. Apelo da separanda provido em parte. Recurso do separando desprovido.” (Apelação Cíveln.543.261-4/5-00 da Quarta Câmara de Direito Privado do TJSP, Relator Desembargador Natan Zelinschi de Arruda, julgado em 15.10.2009). Neste acórdão em voto complementar anota o Desembargador Francisco Loureiro que: “Evidente a preocupação geral com o porvir e a garantia de rendimentos razoáveis para complementação da pensão previdenciária oficial. São inúmeras as estratégias de acumulação de patrimônio com tal escopo. Alguns investem no ramo imobiliário, visando à percepção de alugueis. Outros montam carteiras de ações, para perceber dividendos. Terceiros optam por investimentos em renda fixa ou variável, inclusive sob a forma de fundos de investimentos para diluição de riscos. Há quem prefira montar o próprio negócio e administrá-lo diretamente, ou por pessoa de confiança. Finalmente, existe a escolha dos fundos de previdência privada, que gerarão renda proporcional ao capital investido depois de alguns anos.”

separado e o restante aos herdeiros do participante, conforme a ordem da vocação hereditária.<sup>39</sup>

Pertinente destacar ser a previdência privada uma extensão da previdência social, cujo principal propósito é manter o padrão de vida das pessoas em situação de necessidade.<sup>40</sup> Tem a natureza jurídica de um seguro, não sendo visto como uma extensão do direito sucessório, pois basta perguntar se eventual renúncia de herdeiro ao direito sucessório também atingiria o plano de previdência privada.<sup>41</sup>

## 5.11. SEGURO DE VIDA POR MORTE

Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados (CC, art.757). Seguros de pessoas se baseiam na duração da vida humana, em caso de morte e nas hipóteses de sobrevivência, na cobertura de riscos relativos à saúde e à integridade corporal. Nestes seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores (CC, art. 789), com a vantagem de as indenizações dos seguros de vida serem isentas de impostos para quem as recebe, a não ser que o beneficiário da apólice seja o próprio espólio, em cuja hipótese será taxada quando for transferido para os herdeiros, como acontece com os outros bens incluídos no inventário.<sup>42</sup>

A subscrição de uma apólice de seguro de vida guarda certa relação com o planejamento sucessório, em virtude de o beneficiário adquirir uma soma de capital com a morte do segurado e cujo montante é desligado do patrimônio deixado pelo sucedido, pois sai do patrimônio da companhia seguradora. Este capital está a salvo dos herdeiros necessários e eventuais credores, a não ser que tenha sido contratado com este objetivo específico. De acordo com o artigo 794 do Código Civil, o capital do seguro de vida ou de acidentes pessoais não é herança e não está sujeito às dívidas do segurado, para todos os efeitos de direito. Como dito, o valor pago pela seguradora ao beneficiário não pode ser considerado como herança, pois jamais transitou pelo patrimônio do estipulante, tal qual vaticina Adalberto Pasqualotto, de que em hipótese alguma se subordina aos efeitos do artigo 1.792 do Código

<sup>39</sup>Artigo 792 do Código Civil: “Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem de vocação hereditária.” Parágrafo único. Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência.”

<sup>40</sup>CASSA, Ivy. *Contrato de previdência privada*. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 121.

<sup>41</sup>*Ibidem*, p. 126.

<sup>42</sup>TRINDADE FILHO, Carlos Alberto de F. Utilização do seguro de vida no processo de sucessão. In: *Patrimônio e sucessão*. São Paulo: Maltese. 1993, p. 110.

Civil.<sup>43</sup> As indenizações do seguro de vida também são impenhoráveis (CPC, art.649, IX).

## 5.12. TESTAMENTO

Sob o olhar do Direito das Sucessões as previsões desempenhadas no regime jurídico do testamento são insuficientes para um satisfatório planejamento sucessório, sendo necessário realizar uma harmonização com outros recursos e caminhos existentes para facilitar a sucessão. O testamento público, privado, cerrado ou o especial têm eficácia diferida para depois da morte do testador e permitem ao autor da herança dispor ao menos de metade dos seus bens se tiver herdeiros necessários, ou da sua totalidade quando ausentes herdeiros forçosos. O testamento, ou uma escritura pública de doação consentem a imposição de cláusulas restritivas dispostas de forma isolada ou cumulativa, sobre todo ou parte do patrimônio, se existirem herdeiros titulares da legítima. Para a clausulação da legítima a lei exige a demonstração de real e fundado motivo (CC, art.1.848), sob pena de invalidade do gravame.<sup>44</sup>

## 5.13. DELIBERAÇÃO SOBRE A PARTILHA

O artigo 2.014 do Código Civil permite ao testador indicar bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando o encaminhamento da partilha, conquanto os valores correspondam às quotas previamente estabelecidas por lei. Pressupõe o legislador ser o testador a pessoa mais indicada para propor a cômoda e igualitária divisão de seus bens. Assim, o testador direciona em vida o destino de seu patrimônio, monitorando por meio do testamento a distribuição mais apropriada da sua herança, podendo, por exemplo, pagar herdeiros com a partição da moradia familiar que ao mesmo tempo tem a garantia real de habitação do cônjuge (CC, art. 1.831) ou convivente (Lei 9.278/1996, parágrafo único do art. 7º) sobrevivente, ou pode promover a divisão de imóveis para filhos que exercem diferentes profissões e participações societárias para os filhos que o acompanharam na atividade empresarial.

---

<sup>43</sup>PASQUALOTTO, Adalberto. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 9, p. 163.

<sup>44</sup>OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 55.

## 5.14. PARTILHA EM VIDA

A partilha em vida encontra-se regulada no artigo 2.018 do Código Civil e pode ser realizada mediante a doação de bens do ascendente, por ato entre vivos, conquanto não prejudique a legítima dos herdeiros necessários. A partilha em vida levada a efeito por meio de testamento não se constitui em sua essência, em uma antecipação da partição do acervo do doador, porquanto se refere apenas a uma deliberação precedente, na qual o doador pode ou não distribuir sua porção disponível, mas que somente será levada a efeito depois da morte do testador. Na partilha em vida, o doador pode igualmente adiantar sua porção disponível, dispensando, os donatários, se quiser, da colação (CC, art.2005), e se nada disser a este respeito considera-se o ato como mero adiantamento da legítima.

## 5.15. ADIANTAMENTO DA LEGÍTIMA E A COLAÇÃO

A colação tem por fim igualar, na proporção da lei, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente (CC, art. 2.003), estando os descendentes que concorrem à sucessão obrigados a conferirem o valor das doações recebidas em vida, sob pena de sonegação (CC, art. 2.002). No entanto, pela redação do artigo 2.002 do Código Civil, somente os descendentes estariam obrigados a colacionarem o que receberam como adiantamento da legítima, ficando dispensados da colação os herdeiros ascendentes e, em tese, o cônjuge sobrevivente. Para Arnaldo Rizzardo existe uma grave incongruência do Código Civil ao omitir o cônjuge da obrigação de colacionar, notadamente quando o artigo 2.003 impõe sejam igualadas as legítimas dos descendentes (filhos, netos, bisnetos) e do cônjuge sobrevivente.<sup>45</sup> Também Evandro Rômulo Degrazia, referindo os regimes de comunicação de bens, afirma que “a doação antenupcial, o adiantamento de legítima, ou o testamento deverá levar em conta o todo da herança, ou seja, a parte disponível é de 25% do total da herança. Ultrapassado esse percentual, há a obrigação de colacionar daquele que recebeu a mais.”<sup>46</sup> O cônjuge sobrevivente só deverá colacionar quando a doação de seu consorte foi considerada como adiantamento da legítima e só deverá colacionar os bens recebidos por doação de seu cônjuge quando concorrer à sucessão com descendentes e ascendentes. Curiosamente, o convivente supérstite não precisa colacionar os bens recebidos por doação em vida do seu companheiro.

---

<sup>45</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 674.

<sup>46</sup>DEGRAZIA, Evandro Rômulo. *Sonegados e colação*. A busca do equilíbrio sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 148.

## 5.16. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O artigo 1.831 do Código Civil assegura ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à família e igual direito é assegurado ao convivente supérstite pelo parágrafo único, do artigo 7º da Lei n. 9.278/1996, porquanto esta Lei, neste aspecto, não foi revogada pelo Código Civil de 2002 e tampouco com ele é incompatível. Conforme Euclides de Oliveira, faltou explicitar que o direito real de habitação se trata de direito subsistente enquanto o cônjuge viver e não tiver outra união, seja por casamento, seja por união estável.<sup>47</sup> O habitador é responsável pelos tributos incidentes sobre o imóvel e pela manutenção e conservação do bem, ficando vedado o seu uso para fins comerciais ou industriais,<sup>48</sup> podendo perder este privilégio se faltar ou infringir com alguma destas obrigações.

O direito real de habitação configura-se em um útil instrumento para o testador conciliar a partição de seus bens, sem medo de desalojar o cônjuge sobrevivente da sua moradia.

## 5.17. TRUST

Bens e investimentos situados no exterior também podem ser alvo de um planejamento sucessório por meio da criação de uma fundação, onde o fundador institui um conselho de administração e nomeia o *protector* como seu substituto no caso de sua ausência, além de poder eleger e destituir os membros do conselho de administração. Instituída a fundação dar-se-á a distribuição do patrimônio do fundador em *offshore companies* que, por seu turno detêm contas-correntes, fundos de investimentos, imóveis, obras de arte e ações, e estes bens são objeto do planejamento sucessório em favor dos instituidores da fundação.<sup>49</sup> A transferência de bens situados no exterior para uma fundação internacional dispensa futuro inventário. No *trust*, o instituidor (*settlor*) busca alguém que cuide ou administre seus bens (o *trustee*), para quem ele transfere os seus ativos, ficando o administrador ou administradores (*trustees*) encarregados de gerirem o patrimônio em benefício do instituidor ou dos *cestuis que trust* ou beneficiários por ele indicados. O *trust* não é uma empresa e tampouco possui personalidade jurídica, mas surge da transferência dos bens do *settlor* para uma ou várias pessoas físicas ou jurídicas encarregadas de administrá-los.<sup>50</sup>

<sup>47</sup>OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança. A nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.200.

<sup>48</sup>BLINKSTEIN, Daniel. *O direito real de habitação na sucessão hereditária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 113-114.

<sup>49</sup>CESTARI, Ana Paula. Instrumentos de planejamento patrimonial e sucessório: Fundações e outros instrumentos jurídicos no exterior. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Aspectos relevantes da empresa familiar: governança e planejamento sucessório*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.191.

<sup>50</sup>CESTARI, Ana Paula. *Op. cit.* p. 193.



Conforme relata Gerd Foerster, a partir dessa pedra triangular, os anglo-americanos construíram, ao longo dos séculos, soluções jurídicas, ao mesmo tempo singelas e completas, para uma multiplicidade de situações sem precedentes no Brasil, como por exemplo, entre tantos outros: a) o planejamento de sucessões; b) a proteção de incapazes; c) o planejamento do patrimônio familiar e conjugal.<sup>51</sup>

## 5.18. FIDEICOMISSO

Os sistemas romanos não conhecem a figura do *trust*, tendo o direito positivo hispano-americano desenhado o *fideicomisso* como negócio jurídico, sem similar no Brasil, pelo qual, uma pessoa (fiduciante), transfere a propriedade de certos bens para outra (fiduciário), que se obriga a dar determinada destinação a esses bens em proveito do próprio fiduciante, ou de um terceiro (beneficiário). O fideicomisso se apresenta como um instrumento jurídico alternativo ao *trust*.<sup>52</sup> O fideicomisso testamentário constitui-se em uma útil ferramenta para a planificação patrimonial que irá gerar efeitos para depois da morte do fiduciante, de quem, uma porção de seus bens ou a sua totalidade, é adquirida em propriedade fiduciária, sem que o fiduciário adquira a condição de herdeiro ou de legatário desses bens, mas cuja propriedade pertence ao herdeiro no caso de morte do fiduciante, dispondo o fiduciário do acervo em caráter transitório, com duração limitada pelo decurso de certo tempo ou diante da ocorrência de uma condição.

O herdeiro adquire os bens perpetuamente, enquanto o fiduciário acessará a propriedade de forma transitória, com duração limitada pelo cumprimento de um prazo ou de uma condição, entretantes, como explica Mario Carregal, a utilização do fideicomisso como instrumento de planificação patrimonial não se limita ao fideicomisso testamentário, pois também podem ser celebrados em vida pelo fiduciante para gerar efeitos no caso de incapacidade ou ausência do constituinte.<sup>53</sup>

## 5.19. SUCESSÃO DA PESSOA JURÍDICA

A transmissão hereditária do estado de sócio encontra validade e eficácia nos contratos societários sem infringir a pauta do artigo 426 do Código Civil, por meio de cláusula contratual ou estatutária que permita, restrinja

<sup>51</sup>FOERSTER, Gerd. *O "trust" do Direito Anglo-Americano e os negócios fiduciários no Brasil. Perspectiva de Direito Comparado* (Considerações sobre o acolhimento do "Trust" pelo Direito Brasileiro). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013, p.23.

<sup>52</sup>CHALHUB, Melhim Namem. *Trust. Perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantias*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 99.

<sup>53</sup>CARREGAL, Mario. *Op. cit.*, p. 25.

ou proíba o ingresso de herdeiros na sociedade, ou disposição contratual destinada a atribuir um direito de preferência dos sócios remanescentes na aquisição das quotas do sócio falecido. A previsão no contrato social, ou um acordo de acionistas carrega a licitude dessas estipulações e em nada vulnera as normas imperativas do direito sucessório, afirmando Mario Carregal que, sua previsão societária prevalece sobre os preceitos sucessórios, segundo as particularidades de cada tipo societário e as variantes que a lei concede à autonomia privada.<sup>54</sup>

## 5.20. HOLDINGS

A constituição de uma sociedade *holding* tem largo trânsito na planificação sucessória das empresas familiares e no controle de conflitos, existindo diversas espécies de *holdings*, dependendo do seu objetivo. A *holding*, cujo capital pode ser integralizado com bens móveis ou imóveis, basicamente participa do capital de outras sociedades para controlá-las.<sup>55</sup>

É o que consta do artigo 2º da Lei das Sociedades Anônimas em seu § 3º, que dispõe: “A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.” Existem três grupos de sociedades empresárias, conforme seus objetivos sociais: a) as sociedades operacionais; b) as sociedades *holdings* mistas; c) as sociedades *holdings puras*.

A sociedade empresária operacional é aquela constituída com o fim de explorar em seu objeto social atividade financeira, industrial, comercial ou de prestação de serviços, e outros empreendimentos correspondentes.<sup>56</sup>

Na *holding* mista ela própria explora um fim lucrativo e participa de outras empresas. Entre as espécies distintas de *holdings* existe a mista, que prevê em seu contrato social a participação em outras sociedades e bem assim outras atividades mercantis.<sup>57</sup> As *holdings* exercem relevante função no controle de outras empresas operacionais, que ficam resguardadas das dissensões familiares, impedindo que os litígios respinguem nas empresas operacionais.

---

<sup>54</sup>CARREGAL, Mario. *Op. cit.* p. 113.

<sup>55</sup>COSTA, Maria Aracy Menezes; SILVA, Rodrigo Severino. A vontade na fronteira da vida. In: TORRES, Ana Paula; ARAÚJO, Marigley Leite de; FERRONY, Paulo Renato S. (Coord.) *Família, cidadania e novos direitos*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013, p. 207.

<sup>56</sup>PRADO, Roberta Nioac; COSTALUNGA, Karime e KIRSCHBAUM, Deborah. Sucessão familiar e planejamento societário II. In: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.). *Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório*. 2. ed. São Paulo: Saraiva-FGV, 2001, p.266.

<sup>57</sup>RIBEIRO, Antônio Carlos Silva; GUARIENTO, Daniel Bittencourt; BARBETI, Rodrigo Luciano. *Proteção patrimonial*. Como planejar e proteger o seu patrimônio e de seus herdeiros. 2. ed. Guaxupé/Minas Gerais: Tático, 2013, p. 150.

A *holding pura* é criada com o único objetivo de participar em outras sociedades, abrigando as participações societárias da família em outras empresas estabelecendo quanto cabe a cada um dos familiares na empresa operacional que fica salvaguardada do controle societário. Dentro desta estratégia da constituição de empresas, a *holding imobiliária* ou *patrimonial* é criada para centralizar a gestão financeira de imóveis e outros ativos, evitando o condomínio destes bens e facilitando o processo de inventário. Assim, pessoas físicas podem transferir seus bens móveis e imóveis para esta *holding imobiliária* ou *patrimonial* que abriga este acervo, e passa a ser detentora do patrimônio pessoal de determinada família, ou de uma pessoa física ou jurídica, permitindo controlar sua sucessão, além de proporcionar uma economia de tributos, como se presta para dispensar a outorga do cônjuge de sócio casado em regime de comunicação no ato de alienação de imóvel que depende apenas da deliberação dos sócios em conformidade com o *quorum* contratualmente previsto. A *holding familiar* tem a mesma essência da *holding patrimonial* ou *imobiliária*, “porém visa a separar grupos familiares quando se encontram em negócios comuns, evitando conflitos familiares e protegendo os negócios operacionais”.<sup>58</sup>

## 6. A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

A boa-fé é um modelo de comportamento esperado de um bom chefe de família, de um profissional ou de um empresário, sócio ou administrador, qual seja, é dever de qualquer cidadão, devendo obrar com lealdade e com a diligência de um bom homem de negócios, evitando sua inclinação por qualquer manobra fraudulenta, contrariando os deveres éticos e jurídicos de um empresário. A desconsideração da personalidade jurídica tutela o princípio da boa-fé e não se compadece com o uso de formas jurídicas, quando mascaram o propósito de elidir legítimas obrigações.<sup>59</sup> Também na prática brasileira vem sendo utilizada a fórmula societária para partilhar em vida, quinhões ou meações desiguais, servindo a desconsideração da personalidade jurídica para afastar o uso impróprio e abusivo da pessoa jurídica com o intuito de fraudar direitos inerentes ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões.

---

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p.74.

## REFERÊNCIAS

BLINKSTEIN, Daniel. *O direito real de habitação na sucessão hereditária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRITO, Cristiano Gomes de. Estratégias de proteção patrimonial nas empresas familiares. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (Coord.). *Temas contemporâneos de Direito das Famílias*. São Paulo: Pillares, 2013.

CARREGAL, Mario A. La problemática de la planificación patrimonial y posibles alternativas que brinda el fideicomiso. In: *Planificación patrimonial y sucesoria*. Buenos Aires: Heliasta, 2012.

CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: AIDE, 1996.

CASSA, Ivy. *Contrato de previdência privada*. São Paulo: MP Editora, 2009.

CESTARI, Ana Paula. Instrumentos de planejamento patrimonial e sucessório: Fundações e outros instrumentos jurídicos no exterior. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Aspectos relevantes da empresa familiar: governança e planejamento sucessório*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. *Trust*. Perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantias. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COSTA, Maria Aracy Menezes; SILVA, Rodrigo Severino. A vontade na fronteira da vida. In: TORRES, Ana Paula; ARAÚJO, Marigley Leite de; FERRONY, Paulo Renato S. (Coord.) *Família, cidadania e novos direitos*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013.

DEGRAZIA, Evandro Rômulo. *Sonegados e colação*. A busca do equilíbrio sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FOERSTER, Gerd. *O "trust" do Direito Anglo-Americano e os negócios fiduciários no Brasil*. Perspectiva de Direito Comparado (Considerações sobre o acolhimento do "Trust" pelo Direito Brasileiro). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *O contrato de doação*. Análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007.

GLIKIN, Leonardo J. *Pensar la herencia*. Buenos Aires: Caps-Consejo Argentino de Planificación Sucesoria Asociación Civil Ediciones, 1995.

KRASNOW, Adriana; CALCATERRA, Gabriela. *Introducción a la empresa de familia*. In: CALCATERRA, Gabriela; KRASNOW, Adriana (Coord.). *Empresas de familia*. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo de familia. Buenos Aires: La Ley, 2010.

MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALLMANN, Nelson. Planejamento tributário nacional e internacional e a norma antielisão. In: ANAN JR., Pedro (Coord.). *Planejamento fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Empresas familiares*. Administração, sucessão e prevenção de conflitos entre sócios. São Paulo: Atlas, 2012.

MANSO, Teresa Hualde. *Consecuencias sucesorias del nuevo matrimonio del viudo*: Reservas y limitaciones dispositivas. Pamplona: Aranzadi. 2007.

MOREIRA JÚNIOR, Armando Lourenzo. *Bastidores da empresa familiar*. São Paulo: Atlas, 2011.

NIETHARDT, Ernesto G. *La empresa familiar y sus protagonistas*. Buenos Aires: Editorial Dunken, 2007.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança*. A nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005.

OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. *Direito empresarial*. Teoria geral, Direito societário, títulos de crédito, recuperação de empresa, falência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Contratos nominados III*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 9.

PENA JR., Moacir César. *Curso completo de direito das sucessões*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Método, 2009.

PRADO, Roberta Nioac; DONAGGIO, Ângela Rita Franco; CARMO, Lie Uema do; PRADO, Viviane Uller. Determinantes estratégicas na escolha do tipo societário: Ltda. ou S.A.? In: *Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório*. 2. ed. São Paulo: Saraiva-FGV, 2011.

PRADO, Roberta Nioac; COSTALUNGA, Karime e KIRSCHBAUM, Deborah. Sucessão familiar e planejamento societário II. In: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; DE SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.). *Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório*. 2. ed. São Paulo: Saraiva-FGV, 2001.

RIBEIRO, Antônio Carlos Silva; GUARIENTO, Daniel Bittencourt; BARBETI, Rodrigo Luciano. *Proteção patrimonial*. Como planejar e proteger o seu patrimônio e de seus herdeiros. 2. ed. Guaxupé/Minas Gerais: Tático, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed.. São Paulo: Manole, 2012.

SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: Voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TRINDADE FILHO, Carlos Alberto de F. Utilização do seguro de vida no processo de sucessão. In: *Patrimônio e sucessão*. São Paulo: Maltese, 1993.

VENTURA, Luciano Carvalho. A empresa e a sucessão. In: *Patrimônio e sucessão*. Como garantir os herdeiros e os negócios. São Paulo: Maltese, 1993.



# PLURALIDADE NAS CASAS E NAS RUAS: DIREITOS, DESEJOS E TRANSFORMAÇÕES

Andréa Maciel Pachá

Juíza Titular da 4ª. Vara de Órfãos e Sucessões da Capital do TJRJ.  
Juíza Titular da 1ª. Vara de Família de Petrópolis 1996/2012.  
Conselheira do CNJ 2007/2009.  
Vice-Presidente de Comunicação da AMB 2005/2007.  
Ouvidora do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** A grande transformação experimentada pelas famílias e pelo Direito das Famílias foi a inserção do afeto, do cuidado e do bem-estar como seus elementos estruturantes. Esse fato, aliado ao reconhecimento de que a pluralidade deve ser respeitada, resultou na pactuação de novas possibilidades de convívio que atende ao direito à dignidade, consagrado na Constituição Federal.

As modificações são contínuas e, contextualizadas na hegemonia da sociedade de consumo, fazem emergir novos conflitos enfrentados diariamente pelas Cortes, consultórios e mesas de mediação, exigindo dos profissionais a permanente curiosidade e pesquisa para atender adequadamente à crescente demanda.

Na sociedade, as mudanças também permanentes levaram milhares de pessoas – na maioria, jovens – às ruas. As insatisfações são de toda ordem: da educação ao transporte público, do direito à voz à liberdade sexual, do trabalho ao lazer; do acesso ao consumo ao direito à felicidade. Pauta tão ampla quanto as promessas constitucionais que não chegaram à efetividade.

O impacto das transformações familiares e das crises de referências, especialmente de referências de limites e autoridade, pode ser percebido pelo aparente caótico movimento que emerge e se impõe.

A experiência dos consensos e do respeito que levou à construção das novas democráticas famílias pode ser o caminho para a nova e democrática sociedade.

A família, como célula primeira da sociedade, conceito usado por muitos anos como sinônimo de opressão, pode voltar a ser considerada, diante dos valores de humanidade, afeto e felicidade, essenciais para a vida digna em grupo, núcleo essencial à formação



do ser humano. Refletir sobre tais possibilidades é o convite que faço.

“Deixai aqui todas as esperanças, vós que entrais!”

Com essa advertência, Dante recebia os que chegavam ao inferno.

Sem qualquer metáfora explícita – visto que o inferno, na nossa cultura, sempre foi o lugar do mal e do sofrimento –, mas longe dos cenários celestiais dos anjos, nuvens e trombetas, faço um similar convite antes de iniciar a apresentação:

“Deixai aqui toda fantasia e crenças de que, em algum momento do tempo e da história, já experimentamos uma vida perfeita, pacífica e estável. Nem na família. Muito menos na sociedade.”

Viver em permanente transformação sempre foi o cenário da estabilidade. E ainda que em alguns momentos caíamos em tentação de desejar com saudades os tempos de outrora, não esqueçamos de que é recente a horizontalidade nas relações familiares, o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, a afirmação do cuidado e do afeto como elementos estruturais dos direitos das famílias e a emancipação da mulher.

Lamentavelmente, muitos desses direitos ainda padecem de efetividade.

## 1. FIM DAS UTOPIAS E AS IDEOLOGIAS EM CRISE

A queda do Muro de Berlim, imagem eloquente do fim das grandes utopias, colocou em xeque as grandes certezas do século e mergulhou o mundo em período que se convencionou chamar “A Era das Incertezas”.

Com a imprevisibilidade do futuro, com todos os valores simultaneamente questionados, as grandes convicções ruíram e com elas ruuiu todo o sistema de representação de autoridade e de referência.

O Estado, considerado pelas ciências sociais dos séculos XIX e XX como a única unidade, em que as coisas aconteciam, deixa de ocupar esse espaço central, como explica Emmanuel Wallerstein, em entrevista sobre o sistema-mundo.<sup>1</sup>

Enquanto se assimilava o fim do mundo plano, com a fragilização das dicotomias conhecidas e idealizadas, o sistema capitalista fundado no liberalismo do mercado passou a reinar hegemônico.

---

<sup>1</sup>Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RqZsCe-tPXo>

A ordem econômica mundial contemporânea alterou de tal forma as relações interpessoais e coletivas que é difícil avaliar o impacto das mudanças e a densidade das transformações e desafios a enfrentar.

Se, no âmbito dos estados e instituições a mutabilidade dos conceitos e princípios tem sido constantes, também na esfera dos indivíduos a repercussão é complexa, intensa e extensa.

Se, por um lado, na vida pública, os cidadãos se confrontavam com a enxurrada de dúvidas e a demolição das ideologias vigentes, no âmbito privado, todos os valores que estruturavam as relações familiares e interpessoais também sofreram profundo abalo.

A família, como núcleo inicial de agregação social, por óbvio, é levada a adaptar-se dialeticamente a esse processo dinâmico. De célula da sociedade a espaço de afeto e realização de direitos, a instituição familiar tem sido a mais completa tradução de que nada é permanente, exceto a mudança. Para fortalecimento desse núcleo, essencial à formação do ser humano, a família precisou reinventar-se e afirmar-se, conferindo novas funções a seus atores sociais.

Aplica-se, aqui, para a família, o princípio científico da sobrevivência estudado por Darwin: “Na vida, não sobrevive o mais forte ou o mais inteligente, mas aquele com a maior capacidade de adaptação”.

## 2. O MEDO DO NOVO

Tão logo foram notadas as mudanças permanentes, muitos buscaram refúgio na saudade de um tempo em que a fantasia da autoridade transmitia a falsa sensação de segurança. Sentir saudades, no entanto, da estabilidade e da segurança no âmbito familiar é o mesmo que sentir saudades da democracia na Grécia, onde os direitos eram para os poucos cidadãos, as mulheres e os escravos eram excluídos da vida pública e reinava a verticalidade e arbítrio.

“No seu fracasso em realizar promessas de eficiência estão as raízes dos protestos que eclodem pelo mundo e pelo Brasil”, como afirma David Harvey, professor da Universidade de New York, em entrevista publicada no dia 20 na *Folha de S. Paulo*. E prossegue: “Partidos convencionais, reféns do capital internacional, não conseguem canalizar a raiva das ruas.”

A fantasia do mundo perfeito ruiu. E com ela ruiu a fantasia da família perfeita. O declínio do estado do bem-estar social levou os cidadãos a buscar refúgio na vida privada, nas relações familiares e na busca da felicidade.

De pronto, cumpre sublinhar que não é com pesar que se registra a falência da família patriarcal. Lembrada com saudades por alguns, foi naquele ambiente que se forjaram as maiores violências e submissões.

Também não se pode esquecer que, até a Constituição de 1988, os filhos nascidos fora do casamento não podiam ser reconhecidos; a família era chefiada exclusivamente pelo homem e o diálogo, se existente, era vertical. As companheiras de uma vida inteira não tinham direito a nada e a preservação do matrimônio a qualquer preço coroava a vitória de uma hipocrisia generalizada. Conforme ressaltou Del Priori:

Na visão da igreja, não era por amor que os cônjuges deviam se unir, mas sim por dever; para pagar o débito conjugal, procriar e, finalmente, lutar contra a tentação do adultério. “O amor” – leia-se conjugal – “extingue todas as paixões malignas que são quem perturba o nosso descanso”, admoestava em 1783, frei Antônio de Pádua.<sup>2</sup>

Mas, a que felicidade nos referimos quando ansiamos pelas mudanças e pelo bem estar?

### 3. VIDA PRIVADA EM DESENCANTO E OBRIGAÇÃO DA FELICIDADE

Instala-se aqui um paradoxo de difícil solução: o modelo econômico e político afasta o indivíduo do protagonismo das mudanças na esfera pública e privilegia o consumo e a busca desenfreada pela felicidade, impondo um padrão ideal de beleza, amor e realização incompatível com a nossa precária condição humana.

A felicidade, que inicialmente poderia ser associada ao bem-estar, aos valores de ética, solidariedade e humanidade que até aqui forjavam os ideais da humanidade passa a ser uma imposição. Não há consumidor infeliz.

Como saber se somos felizes e o que precisamos para encontrar a felicidade nesse cenário nublado, que impõe a felicidade como obrigação, dever e não como direito?

“Foi vendida a ideia de que o caminho da felicidade passa pelo consumo, pela aquisição de roupa de grife, de carro do ano, do último modelo de celular ou do eletrodoméstico. É o consumo e o acúmulo de bens sem limites e nunca saciados que propulsionam esse modelo suicida de desenvolvimento.”<sup>3</sup> A felicidade, desejo que foi objeto de questionamento por dezenas de filósofos do Ocidente e do Oriente, é um sentimento que interessa a todo o mundo: Quem não deseja ser feliz?

---

<sup>2</sup>DEL PRIORI, Mary. *História do Amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2005. p.28.

<sup>3</sup>Oded Grajeu. *Folha de S. Paulo*. 20 novembro.

Sócrates, Platão, Aristóteles, Epicuro, Espinoza, Kant, Diderot foram alguns dos pensadores que se ocuparam do tema, mas vem de Pascal a tradução mais instigante e aparentemente contraditória do que seja o desejo de felicidade: “Todo homem quer ser feliz, inclusive o que vai se enforcar”. Ele quer se enforcar para fugir da infelicidade.

Espinoza, com precisão, conclui que temos que partir do desejo que é a própria essência do homem.

No *Banquete*, de Platão, Sócrates, perguntado sobre o que é o amor, assim responde: “O amor é desejo, e o desejo é falta.” No que, complementa, Platão: “O que não temos, o que não somos, o que nos falta, eis os objetos do desejo e do amor.

Daí por que a inevitável conclusão de Camus: “Os homens morrem, e não são felizes”.

Não é o caso de se alinhar ao pessimismo ou ao niilismo que imobiliza, mas o fato é que o conhecimento ilumina o caminho na busca pela felicidade.

Esse desejo de felicidade que instigava os filósofos e pensadores, no entanto, em muito se distancia do desejo de felicidade forjado no mundo contemporâneo.

A busca pelo prazer permanente e imediato substituiu a felicidade na sociedade de consumo.

### 3. ÉTICA DO POSSÍVEL E NOVAS POSSIBILIDADES

Bruckner chama de dever de felicidade “essa ideologia que obriga a avaliar tudo sob a ótica do prazer e da contrariedade, essa intimação à euforia que atira na ignomínia ou no mal-estar os que não aderem a ela”.

Acresça-se a essas mudanças, a velocidade do mundo virtual e a sociedade do espetáculo: tudo é público e visível por todos; a maioria das pessoas exibem uma versão melhorada delas mesmas; no *Facebook* todos são felizes, lindos, magros, têm sucesso, viajam e amam; saber que o mundo vai superbem, só agrava o sentimento de infelicidade e de fracasso.

A felicidade, então, para se consubstanciar em objeto do direito e da Justiça, deve ser encarada objetivamente, sob o prisma constitucional da afirmação da dignidade humana. Nesse contexto, é fundamental que reconheçamos o desamparo como elemento estruturante da nossa condição humana e que enxerguemos o outro como sujeito e nunca como objeto do prazer e da felicidade.

A escolha da felicidade que desejamos é, portanto, essencial, para a definição das mudanças que pretendemos.

As transformações nos núcleos familiares que focaram nos valores de humanidade e na felicidade pedestre e cotidiana serviram para construir pontes e possibilidades de respeito, ética e dignidade.

Sem grandes pautas públicas, o refúgio nas famílias construiu a rede mais importante dos direitos humanos nos últimos anos, porque diz respeito ao pertencimento. Poucas instituições mudaram tanto nas últimas décadas como as famílias. Apesar do bombardeio do consumo e da constatação de que, mesmo nas relações íntimas o modelo da saciedade foi assimilado em muitos núcleos familiares, o que tem se afirmado como regra, é o respeito à pluralidade, à compreensão da necessidade de métodos alternativos para solução de conflitos e isso, exatamente porque a escolha tem sido a felicidade sob o prisma da humanidade.

#### 4. ÉTICA DO CUIDADO

É inegável que o ambiente contemporâneo – com divórcios em série, novos casamentos, uniões homoafetivas, monoparentalidade – alterou radicalmente o conceito dos núcleos familiares. A transformação tem sido profunda, principalmente porque contextualizada numa época marcada por abalos em todos os seus alicerces de valores e ideias.

Se aquela família morreu, vivam as novas famílias!

Atualmente, as famílias são muito mais do que instituições que congregam as pessoas que vivem no mesmo ambiente doméstico, ligadas por identidades biológicas e dependentes economicamente. Pelo menos no plano teórico, próximos pela afetividade, os atores sociais desses novos espaços reafirmam sua vocação para multiplicadores de respeito, consideração e lealdade. Como se vê, tal delineamento afasta-se de tudo que lembre os inquestionáveis comandos de outrora ou a opressão daquelas vetustas relações. Essa inferência encontra respaldo em muitos estudiosos do assunto, como Lagrasta Neto, que ressalta:

Assim, da família matrimonial hierarquizada, em que o marido exercia a chefia da sociedade conjugal, chega-se na família democrática em que não existe chefia, mas sim uma lógica do afeto e da conversa em busca do melhor interesse do grupo familiar.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup>LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 172.

## 5. VIDA PRIVADA INVADE AS RUAS

No vácuo das grandes pautas públicas, portanto, as pautas privadas ganham as cidades: homoafetividade, paternidade, afeto, poliamor, desejos e prazer.

São muitos os direitos prometidos na Constituição e não realizados para a geração que chega às ruas. A mesma geração, crescida no consumo, sucessora de duas gerações forjadas no medo e no silêncio, mas, ainda assim, com a feliz experiência do afeto e da amorosidade.

Embora confusa, como esperado e natural, os desejos se manifestam nos cartazes e nos comportamentos, muitas vezes pacíficos, outras vezes exaltados, mas todos compreensíveis, como compreensíveis são os conflitos em torno da mesa quando se discutem direitos familiares.

A aparente falta de clareza é quase um apelo para que, como adultos, retomemos o nosso lugar de referência, não para sufocar pela autoridade, mas para orientar, pela liberdade.

## 6. A ESCOLHA DA FELICIDADE QUE CUIDA

É importante não perder o foco do que buscamos. Nunca é demais repetir insistentemente a pergunta:

O reconhecimento de tantos direitos e a promulgação de tantas leis têm nos feito seres humanos melhores? Temos o casamento homoafetivo, o reconhecimento da companheira, a guarda compartilhada, a proteção ao idoso e à criança e, ainda assim, remanesce a questão anterior.

Estamos usando essa rede de proteção como afirmação da felicidade ou como ferramenta de satisfação e prazer para aplacar algumas culpas não enfrentadas na esfera própria?

“Hoje em dia não se fazem mais crianças para transmitir a elas valores ou uma herança espiritual, mas para multiplicar o número de satisfeitos sobre a terra” (Bruckner).

É necessária a retomada da pauta da responsabilidade e da representação, com a escolha clara pela felicidade que desejamos.

Sejam felizes! Tem sido um comando. Gozo no imperativo é submissão e não prazer. Esse prêmio é seguido de uma natural frustração.

No cenário econômico do capital, os valores de solidariedade, ética, respeito, amizade, amor que sustentavam a civilização ocidental foram substituídos pelo desejo de consumo e fortalecimento dos projetos

individuais, em contraponto ao coletivo, ao gregário. Assim é que a coisa pública foi perdendo a importância e o Estado só se justifica se for mínimo e se prestar a atender a um grupo que não interessa às corporações e interesses econômicos. As ações dependerão, portanto, menos dos Estados e mais do esforço dos indivíduos.

Richard Sennet,<sup>5</sup> no seu livro *A Corrosão do Caráter*, aponta para as consequências do capitalismo nas relações de trabalho e, posteriormente, na obra *Respeito*, apresenta casos nos quais se percebe, com clareza, a ruptura com a escala de valores de humanidade, incensados por uma sociedade que se pretende civilizada.

Por seu turno, Zygmunt Bauman,<sup>6</sup> com maestria, no seu livro *O Amor Líquido*, desenha o quadro de fragilidade que impregna as relações humanas e as dificuldades de consolidação do afeto e do amor, numa sociedade por ele designada como *líquida*.

O compromisso com a responsabilidade familiar, encontra-se numa encruzilhada: como educar os filhos, com os limites e as restrições próprios do processo civilizatório, sem o devido exercício da autoridade? Como representar o papel de pai ou mãe, sem arcar com o ônus de se responsabilizar pelas contrariedades naturais do amadurecimento? Como esclarecer aos adolescentes que a vida não é sempre agradável, pois infelizmente, nem tudo acontece como se espera e se programa?

## 7. FELICIDADE POSSÍVEL – A QUE CUIDA

O papel de todos nós que trabalhamos com os direitos das famílias é interferir para empoderar os cidadãos, utilizando o espaço do Judiciário para garantir os direitos dos vulneráveis, esclarecendo, muitas vezes pedagogicamente, que há dores e desamparos que não se solucionam com uma sentença e ensinando que a tristeza não é doença e que, na maioria das vezes, não há castigo ou premiação para o mal ou para o bem que fizermos.

É fundamental que cada qual reassuma seu papel em meio à crise de representações que vivemos para acolher a demanda dos que chegam: como

---

<sup>5</sup>SENNET, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Tradução Rytta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2004.

<sup>6</sup>“E assim é numa cultura consumista como a nossa, que favorece o produto pronto para uso imediato, o prazer passageiro, a satisfação instantânea, resultados que não exijam esforços prolongados, receitas testadas, garantias de seguro total e devolução do dinheiro. A promessa de aprender a arte de amar é a oferta (falsa, enganosa, mas que se deseja ardentemente que seja verdadeira) de construir a “experiência amorosa” à semelhança de outras mercadorias, que fascinam e seduzem exibindo todas essas características e prometem desejo sem ansiedade, esforço sem suor e resultados sem esforço. Sem humildade e coragem não há amor. Essas duas qualidades são exigidas, em escalas enormes e contínuas, quando se ingressa numa terra inexplorada e não mapeada. E é a esse território que o amor conduz ao se instalar entre dois ou mais seres humanos” – BAUMAN, Zygmunt. *O Amor Líquido*. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 21 e 22.

se sentir representado, se aqueles que encarregamos de “manter as coisas seguras” não tem mais capacidade real para isso?

O retorno ao cotidiano, o encontro com a felicidade possível nos confronta com a causa que vale à pena – a causa da pessoa humana. E é esse o espaço que irmana parentes e cidadãos.

Não é redundante assinalar que não se vive em harmonia em qualquer grupo social, sem aprender a transigir e respeitar as diferenças, que a busca desenfreada de consumo e o egocentrismo na busca de prazeres individuais é incompatível com a vida em sociedade.

A justiça, assim como o afeto, são construções da civilização e, nesse sentido, o Judiciário, por meio de uma formação humana de seus magistrados, advogados, defensores, promotores, psicólogos, assistentes sociais pode interferir esclarecendo aos cidadãos que buscam a efetividade de seus direitos pelos processos, que a infelicidade não é crime e a euforia perpétua não é direito ou obrigação.<sup>7</sup>

É, no fim, uma equação simples: quanto mais afeto e cuidado, mais igualdade e respeito. É o que precisamos para que as famílias voltem a se identificar como células iniciais da sociedade.

A solução pode não ser apoteótica, nem atender às necessidades da sociedade do espetáculo. Pode não ter a trilha sonora de um metal pesado, de um *rock* ou um samba. Todavia, quem sabe uma bossa-nova não nos inspire para ouvir, falar, respirar e seguir adiante. Até as próximas avalanches que, se tudo der certo, virão.

Mais amor, por favor!

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *O Amor Líquido*. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BRUCKNER, Pascal. *A euforia perpétua*: ensaios sobre o dever de felicidade. Tradução Rejane Janowitz. 3. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010.

COSTA, Jurandir Freire. *Razões públicas, emoções privadas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

---

<sup>7</sup>“Os saberes e as ciências mais elaboradas devem confessar sua impotência em garantir a felicidade dos povos ou dos indivíduos. Esta, cada vez que nos toca, produz o efeito de uma graça, de um favor, não de um cálculo, de uma conduta específica. E talvez conheçamos a tal ponto as belezas do mundo, como o acaso, os prazeres e a sorte, que abandonemos o sonho de alcançar a beatitude com b maiúsculo.” BRUCKNER, Pascal. *A euforia perpétua*: ensaios sobre o dever de felicidade. Tradução Rejane Janowitz. 3ª. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010, p.18.



DEL PRIORI, Mary. *História do Amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XVIII.

FERRY, Luc. *Família, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

SENNET, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Tradução Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2004.

# A PENA CIVIL PARENTAL

**Nelson Rosenvald**

Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma-Tre (Itália). Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Civil do Damásio Educacional e da Pós-Graduação da Faculdade Milton Campos. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Autor de livros e artigos jurídicos.

*As famílias felizes parecem-se todas; as famílias infelizes são infelizes cada uma à sua maneira*

(Leon Tolstoi)

## 1. INTRODUÇÃO

É extremamente proveitoso o diálogo entre o Direito de Família e a responsabilidade civil. Abandona-se a imunidade familiar em favor do reconhecimento da obrigação de indenizar nas relações jurídicas travadas nas diversas formas de entidades familiares.

Especificamente nas relações parentais sempre houve maior resistência à imposição de uma obrigação de indenizar, pela necessidade de se outorgar ampla discricionariedade aos pais para disciplinar e controlar os filhos. Eventuais ilícitos eram sanados nos próprios limites do Direito de Família (leia-se: guarda, visitação e alimentos) ou, em última instância, pelas normas de Direito Penal.

Todavia, com a evolução do Direito de Família, convertida de instituição fechada – voltada à preservação de sua unidade –, para instrumento de proteção e promoção das situações existenciais de cada qual de seus membros e do afeto que os vincula, paulatinamente a responsabilidade civil foi encontrando espaços para sancionar os ilícitos danosos praticados contra a autonomia de seus membros. A cada dia se amplia o rol de eventos antes considerados inerentes à existência humana e ora transferidos ao autor do fato.

Relativamente ao modelo jurídico da parentalidade, houve uma explosão das situações jurídicas consideradas como dignas de tutela, pois a dinâmica familiar passou a atribuir peso a princípios como a paternidade responsável e o melhor interesse da criança, transformando fatos da vida em ilícitos. Há uma inexorável tendência de se extrair o menor da categoria estática, abstrata e estigmatizante de “incapaz”, para a concretude e dinamicidade de sua situação jurídica de pessoa em desenvolvimento, o que

implica uma postura parental dialética, com respeito à autonomia e direitos fundamentais dos filhos.

Com o reconhecimento deste *zeitgeist*, a expansão das possibilidades de filhos se dirigirem contra os pais se deu de maneira acelerada. Atualmente, eles podem responsabilizar genitores por negativa de espontâneo reconhecimento ou identificação biológica do pai, alienação parental, abandono afetivo, exercício abusivo da autoridade parental, com atos de violência psicofísica ou ofensa à sua intimidade, ou mesmo quando os pais lhe transmitiram alguma enfermidade genética.

E para o futuro? Mantida esta toada, teremos tudo isto e muito mais, pois, somando a proliferação de novos danos tidos como merecedores de proteção jurídica com a flexibilidade concedida à admissão do nexa causal por nossos tribunais, já não existem filtros capazes de reter as demandas reparatórias derivadas de danos parentais.

Este cenário gera insegurança jurídica e torna a família um lugar inóspito e perigoso para (con)viver. A complexidade do poder familiar é evidenciada por uma multiplicidade de decisões diárias com impacto na vida dos filhos, que demandam certa discricionariedade aos pais. Deliberações quanto ao colégio, religião, local de residência, decisões médicas (desde a escolha de um profissional até uma doação de medula óssea), mesmo que realizadas em favor do interesse da prole, nem sempre serão as melhores escolhas. Mas não seria razoável converter todas estas “páginas da vida” em demandas reparatórias, sob pena de se converter a autoridade parental em atividade de risco inerente, a ponto de ser conduzida pela imputação objetiva (artigo 927, parágrafo único, CC). Por outro lado, igualmente censurável seria qualquer tentativa de retrocesso, pois a privacidade da família e a liberdade de atuação dos pais deve ser submetida a controles de legitimidade.

Por conseguinte, o intuito deste breve texto é introduzir o tema da pena civil no interno do Direito de Família – mais precisamente para as relações parentais –, como uma alternativa capaz de propiciar duas finalidades: por um lado, a preservação da responsabilidade civil no Direito de Família sempre que os seus pressupostos estiverem perfeitamente caracterizados; por outro, independente do fato ilícito estar agregado a um dano ou a um nexa causal, a viabilidade da imposição de uma pena civil parental nas hipóteses em que o comportamento antijurídico revele absoluto desprezo dos responsáveis pelos deveres decorrentes do poder familiar.

Nos limites a que se propõe uma palestra, ilustraremos estas duas almeçadas finalidades, com o enfoque em um tema relacionado ao momento patológico das relações parentais: o abandono afetivo. Ademais, apesar da mutualidade da responsabilidade parental, apenas trataremos da questão sob o ponto de vista da proteção de filhos.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>No Brasil, a Constituição Federal consagra ordem jurídica de tutela máxima de proteção ao idoso, sobremodo

## 2. A REPARAÇÃO DE DANOS

A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo – apesar de não imune a críticas vindas de vários setores da sociedade – tem sido prestigiada pela doutrina de direito privado e jurisprudência, sobremaneira após a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.159.242, de abril de 2012<sup>2</sup>, que ofereceu bases jurídicas mais sólidas para o deslinde de colisões de direitos fundamentais envolvendo a liberdade do genitor e a solidariedade familiar. Em resumo, a Min. Relatora Nancy Andrighi salientou que, na hipótese, não se discute o amar – que é uma faculdade – mas, sim, a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Assim, considerou o cuidado como um valor jurídico objetivo, sendo que a omissão do genitor no dever de cuidar da prole atinge um bem juridicamente tutelado – no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia) – importando em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Acrescenta ainda que os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Pois bem, não temos dúvidas que o mérito da decisão consiste em oferecer parâmetros objetivos para a tensão entre os princípios da liberdade e solidariedade e isto se fez, no momento em que o fundamento da ilicitude da conduta paterna migra da metafísica ofensa a um suposto “dever de amar”, ou mesmo da violação a etérea cláusula geral da dignidade da pessoa humana, para uma objetiva conduta antijurídica consistente na omissão do dever de cuidado assinalado nos incisos I e II do art. 1.634 do Código Civil, concretamente consubstanciados na violação dos deveres de criação, educação, companhia e guarda.

Estes deveres já eram igualmente assinalados no Código Civil de 1916, sem que a negligência a eles impusesse qualquer sanção aos genitores. Na concepção das gerações passadas o ilícito consistia na negativa de

---

na esfera familiar, em perspectiva de dignidade constitucionalmente assegurada pelo art. 230 da Carta Magna que, afinal, orientou a Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, dispondo sobre uma política nacional de proteção ao idoso. A seu turno, a responsabilidade parental mútua tem sede constitucional, em dicação do art. 229 da CF de 1988, ao estabelecer que “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. No mesmo sentido, o Estatuto do Idoso - Lei n. 10.741/2003 - acentua que a família e o Estado devem assegurar ao idoso os direitos fundamentais bem como o respeito à convivência familiar e comunitária.

<sup>2</sup>Informativo 496 do STJ

prestações materiais. Assumia-se o filho como uma propriedade materna, algo nitidamente perceptível com o fim da conjugalidade, sancionada com a obrigação alimentar, mesmo que a mulher duplicasse os papéis afetivos.

Por conseguinte, o dado cultural da personalização da família submeteu ao império da ilicitude todo e qualquer comportamento indicativo de que o procriador não exerce o *status* de pai socioafetivo por deixar de adotar o próprio filho. A ausência do vínculo de conjugalidade dos pais em nada afeta o vínculo de parentalidade. Isto justifica a qualificação da ilicitude ao ato antijurídico por omissão do dever de cuidado.

Todavia, além do que se bem propôs na decisão em destaque, a responsabilidade civil não se exaure na constatação do ilícito. O fato da antijuridicidade da conduta do agente é apenas o primeiro entre 4 (quatro) pressupostos da responsabilidade civil. Some-se à ilicitude, a culpa, o dano e o nexo causal. É na conjugação destes elementos que se sustenta a responsabilidade subjetiva aplicável ao Direito de Família.

Quando falamos em ilícito culposo conjugamos dois conceitos. Além da contradição do comportamento à norma, deve ficar provado que houve uma deliberada violação do dever jurídico (*dolo*) ou, no mínimo, uma inobservância deste dever de cuidado por via de uma negligência do agente (*culpa stricto sensu*). Para o Direito Civil esta dicotomia *dolo/culpa* é normalmente assumida como periférica. Aqui, reserva-se ao plano teórico a diferenciação entre *dolo* e *culpa*, pois, no pragmatismo da responsabilidade civil, o fundamental para a afirmação da obrigação de indenizar não será o grau da culpa do agente, mas a extensão do dano.

No tocante ao abandono afetivo, apontados concretamente os atos omissivos paternos, surge uma presunção de culpa que poderá ser elidida com base em alguns argumentos como: a) impossibilidade material de convivência e cuidado por dificuldades econômicas ou distanciamento geográfico b) impossibilidade de aproximação em decorrência de alienação parental, com interferência materna no sentido de que o filho repudiasse o pai, c) a congênita e atávica impossibilidade de se aproximar do filho pelo fato do genitor também ter sido vítima de abandono familiar por parte de seus pais.<sup>3</sup>

Com relação ao dano, restringimos nossa abordagem ao dano moral decorrente do abandono afetivo. O dano moral é uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. O juízo de merecimento de tutela somente pode derivar de uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular, que não resulte em aceitações gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses à luz de circunstâncias peculiares.

---

<sup>3</sup>Como se passa em uma crônica de Moacyr Scliar, na qual um homem é abandonado afetivamente pela própria esposa. Ela ignorava o marido e só tinha olhos para o filho. “E porque ele estava abandonado, abandonava a casa, abandonava o filho”. (*Folha de S. Paulo*, 21 set. 2009).

Há um desvio de perspectiva toda vez que um tribunal assume que a configuração do dano moral requer simplesmente a ocorrência de ofensa à dignidade da pessoa humana, dispensando-se a comprovação de dor e sofrimento – traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Em outros termos: a desnecessidade da demonstração da dor, mágoa ou de qualquer outra forma de lesão à suscetibilidade da vítima não deve ser motivada no fato de o dano moral ser presumido por uma lesão à dignidade, porém pelo fato de que aqueles sentimentos não passam de eventuais consequências de um dano moral, pois este se traduz na própria lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.

Portanto, o fato de se dispensar a prova da dor ou da mágoa (o que é correto!!) não justifica que se dispense a prova quanto à própria existência do dano moral (isso é incorreto!!). A fórmula *in re ipsa*, como vem sendo utilizada atualmente, converte a dignidade em um sacrossanto princípio, sacramentando o *an debeatur* pelo simples relato da vítima quanto ao fato que abstratamente lhe ocasionou lesão à dignidade. Reiteramos nosso ponto de vista: se assim se mantiver a postura jurisprudencial, nada mais faremos do que substituir o dogma da dor, pelo dogma da dignidade – ambos no plano consequencial da lesão –, quando na verdade a investigação deve efetivamente ser centrada na concreta ofensa a um direito da personalidade ou a um direito fundamental do ofendido.

Isto significa que o dano moral só pode ser presumido, ou *in re ipsa*, no plano das consequências sobre as variáveis subjetivas da vítima, mas jamais presumido no que concerne à própria demonstração da sua existência: assim para se atribuir um dano à integridade psicofísica do filho, como vítima de abandono afetivo, é despidendo aferir se ele se sentiu deprimido a ponto de tomar medicamentos ou se internar em uma clínica! Contudo, em um giro de 180 graus, não basta que simplesmente afirme que a omissão do dever de cuidado lhe afetou o desenvolvimento da personalidade ou que houve uma rejeição perante a figura paterna para que se presuma em sua versão um dano moral já definido.

Laudos psicológicos e estudos sociais são importantes subsídios para que se determine não apenas a existência do dano psíquico, como também a sua extensão. A existência de um padrasto ou outra pessoa que supra a função afetiva e de cuidado, bem como a presença de uma figura materna forte e equilibrada também são fatores que neutralizam a produção do dano, mesmo que evidenciado o ilícito culposo paterno.

Este exame objetivo do fato, na ponderação entre a conduta supostamente lesiva e o interesse supostamente lesado, é que selecionará o interesse existencial concretamente merecedor de tutela e evidenciará se, de fato, trata-se de dano injusto (e reparável).

Concluindo: não se dispensa o autor do ônus probatório quanto ao dano moral, da mesma maneira que se dá com relação à prova do concreto dano patrimonial. Com exceção da perda de uma chance e dos lucros cessantes, os danos econômicos possuem uma materialidade que facilita a constatação do *an debeat*. Por sua vez, os danos extrapatrimoniais também oscilam entre hipóteses singelas, pela evidente materialidade (v.g. perda de um braço em atropelamento por ilícito culposo, inserção de um nome em cadastro de inadimplentes), ou casos de maior dificuldade, como no abandono afetivo, pela ausência de materialidade. Deste modo, perante uma pretensão de reparação de danos não patrimoniais, não importa apenas sopesar em concreto a tutela do lesado com o exercício de uma eventual liberdade contraposta, como também, legitimar caso a caso, o direito à reparação dos danos concretamente sofridos. Só assim se evitam – em um campo extremamente fluido e despido de enumerações taxativas – pretensões compensatórias injustas e não razoáveis, incapazes de possibilitar uma verdadeira conjugação entre a afirmação da dignidade com o dever de solidariedade.

O último dos pressupostos da responsabilidade civil é o nexa causal. Trata-se da “esfinge” da responsabilidade civil. Aqueles que não podem responder seu enigma, se bem que não sofrerão um destino bem típico dos contos e histórias mitológicas – sendo mortos e totalmente devorados por esses monstros vorazes –, infelizmente serão excluídos da possibilidade de prosseguir na trajetória desta matéria para aquilo que propõe a complexidade de nossos tempos.

Com efeito, a responsabilidade civil clássica desconhecia o nexa causal e se satisfazia com a culpa e o dano como pressupostos desencadeadores da obrigação de indenizar. Com o passar do tempo os refinamentos teóricos se insinuam. Entra em cena o ilícito como fato atributivo de responsabilidade na teoria subjetiva, tendo a culpa ou abuso do direito como elementos de apoio (art. 927, CC). O dano injusto se bifurca em patrimonial e moral, com uma intensa produção de novas categoriais (v.g. perda de uma chance, dano existencial, etc...). Todavia, o nexa causal se manteve na zona cinzenta da responsabilidade civil e do direito das obrigações, jamais merecendo a devida sistematização. Provavelmente, este distanciamento dos estudos sobre o nexa causal se deveu à forte herança moral da noção de culpa como núcleo da responsabilidade civil. A necessidade de demonstração do mau comportamento do agente praticamente frustrava a maior parte das demandas reparatórias em sua origem, sendo assim desnecessário o recurso ao nexa causal por parte do suposto ofensor. Em sentido contrário, quando demonstrada a culpa, já se considerava automática e implicitamente acertada a relação de causalidade. Poder-se-ia dizer que o nexa causal era um apêndice da culpa.

Atualmente, a causalidade ocupa papel central na teoria da responsabilidade civil. Antes de procurar um culpado, localizamos um

responsável. Podemos conceituar o nexo causal como a relação de causa e efeito entre o fato (comportamento) do agente e o dano. Só se poderá imputar ao agente a obrigação de indenizar caso o conjunto probatório evidencie que necessariamente (ou adequadamente) a lesão patrimonial ou extrapatrimonial se relaciona com a sua conduta ou atividade. Em sede de responsabilidade subjetiva, só em um segundo momento se investigará se esta conduta também corresponde a um ilícito culposos.<sup>4</sup>

No setor da responsabilidade civil, o nexo causal exercita duas funções: a primeira é a de conferir a obrigação de indenizar àquele cujo comportamento foi a causa eficiente para a produção do dano. A segunda, a de determinar a extensão deste dano, a sua medida. Ou seja, pela relação da causalidade seremos capazes de determinar quem repara o dano e em que valor.

Em uma demanda de reparação de danos por abandono afetivo não será a culpabilidade que determinará a medida da responsabilidade, mas a causalidade. Antes de precisarmos se a conduta antijurídica paterna ocorreu com leviandade e manifesta indiferença pela figura filial, faz-se necessário averiguar o nexo causal entre a omissão parental e os danos sofridos pelo filho.

De nada adianta a aferição do ilícito culposos paterno, assim como o dano psíquico que afeta a saúde do filho, se não houver constatação clara de que o fato omissivo do agente é a causa necessária do evento lesivo, pois inexistente outra causa capaz de justificar a lesão. Esta certeza poderá se esvaír se o contexto probatório demonstrar que outros fatores influenciaram negativamente o desenvolvimento da vítima, tais como o ambiente familiar, amigos, escola e até eventual comportamento ilícito materno, sobremaneira a prática da alienação parental. Todas estas condutas podem concorrer para o surgimento da lesão (o que implicará em repartição de danos, com mitigação de valores) ou mesmo serão a causa imediata do dano, o que excluirá a obrigação de indenizar por parte do pai, ao argumento da exclusão do nexo causal pelo fato exclusivo de terceiro.

Constatados os quatro pressupostos da responsabilidade civil a condenação pelo dano extrapatrimonial será aplicada. Nada obstante, as conhecidas críticas a este desfecho – tais como a patrimonialização do Direito de Família pela fixação de um “preço” pelo amor paterno, ou de servir o processo como um “túmulo”, pois sepultará definitivamente as chances de reconciliação entre agente e vítima –, preferimos crer que a reparação pecuniária atua como uma compensação por aquilo que não se pode obrigar, mesmo porque seria incoercível a imposição de obrigação *in natura*, tal como a prestação de abraçar o filho e passar as tardes em sua companhia! Quando

<sup>4</sup>Outrossim, na teoria objetiva sequer se cogitará da ilicitude, o que propiciará ao nexo causal ainda maior destaque, pois independente da existência de culpa do agente, haverá a necessidade de situar o seu comportamento no interno de uma norma ou de uma atividade de risco.



filhos alcançam a maioridade e deliberam pela via judicial, certamente todas as tentativas consensuais de aproximação já fracassaram.

Enfim, caso o magistrado ou o tribunal apliquem a técnica da responsabilidade civil, sem desvios discricionários – pois decisão judicial não é escolha nem ato voluntarista –, haverá uma seleção mais apurada de interesses mercedores de tutela que concretamente farão jus à reparação de danos.

Todavia, e aqui ingresso no cerne da exposição, por mais que respeitemos o acesso da responsabilidade civil no contexto das famílias, não nos olvidamos que o direito de danos atua subsidiariamente através das normas especiais fixadas em cada ramo do direito privado. Em um mundo ideal o Direito de Família se bastaria, até mesmo para sancionar a inobservância de suas normas, todavia reconhecemos que o conjunto de medidas estabelecidas no Direito de Família tradicional para reforçar a observância das relações parentais simplesmente se mostrou ineficaz para acolher as novas demandas sociais. Quer dizer, o renovado Direito das Famílias ofereceu um rol de modelos jurídicos e possibilidades amplas de realização afetiva e existencial da pessoa no interior de uma pluralidade de entidades, mas em contrapartida descurou em conceber técnicas de controle social hábeis a dar vazão a toda ordem de novos ilícitos que irrompem neste cenário complexo. A única saída para tutelar estas vítimas foi pegar de empréstimo o regramento da responsabilidade civil e introduzir a compensação intrafamiliar de danos.

Todavia, a nossa sugestão é a de implantar no âmbito do Direito de Família o modelo jurídico da pena civil, pela via de sanções punitivas hábeis a conceder efetividade a um sistema que quer diluir todas as resistências à concretização de seus princípios e funções.

### 3. A PENA CIVIL

A pena e a reparação ostentam em comum a condição de sanções. A sanção é uma medida estabelecida pelo sistema para reforçar a observância da norma. Quando a sanção é prevista para a violação de uma obrigação, duas perspectivas distintas se abrem como reação ao ilícito: surgem as sanções restituições e as sanções punitivas. No primeiro grupo, inserem-se todas as sanções capazes de restabelecer a situação jurídica anterior ao ilícito, entre elas as sanções ressarcitórias, em que o retorno ao estado originário é alcançado por um equivalente econômico. Trata-se de sanções sucessivas, eis que apenas eliminam ou atenuam danos. Já no grupo das sanções punitivas a ameaça precede à violação da norma com imposição de desvantagem para o agente violador da norma. Esta é a sua índole preventiva. A sua previsão será exercitada seja mediante dissuasão (a ameaça de um mal como consequência do ilícito), seja mediante persuasão (ao intimidar com

uma sanção punitiva o ordenamento comunica uma valoração negativa do comportamento objeto de proibição).

As sanções punitivas civis são aplicadas excepcionalmente, a título preventivo, como sanção por ter o ofensor incorrido em condutas sumamente demeritórias. Elas se reservam a combater comportamentos dolosos, isto é, situações em que o agente não apenas tem a intenção de praticar o ilícito, mas também é indiferente com relação às suas consequências danosas. Deseja-se o desencorajamento. Assim, há uma dissuasão mediante a ameaça de um mal como reação a um ilícito. Contudo, falhando a ameaça intimidativa pela prática do ilícito, surge a pena, como retribuição moral em face do agente.

Historicamente, em sede de responsabilidade, o Direito Civil se distanciou do Direito Penal justamente pelas funções atribuídas a cada um destes setores do ordenamento jurídico. Diante de um ilícito, a reação do direito privado é indagar: o que se fez? Ou seja, o civilista mira o seu olhar para o fato antijurídico em si e as suas consequências sobre a pessoa da vítima. Contudo, diante do mesmo ilícito, o penalista questiona: quem fez? O Direito Penal volta a sua atenção para a pessoa do ofensor, suas circunstâncias e a reprovabilidade maior ou menor de seu comportamento.

Percebe-se então que reparação e pena são conceitos antagônicos. Por meio da função reparatória de danos, a responsabilidade civil se concentra no passado – no fato ocorrido –, com a missão de contenção de danos e recomposição do equilíbrio patrimonial rompido pela lesão. O que se quer é restaurar dentro do possível o contexto econômico reinante no momento imediatamente anterior ao dano. Isto se concretiza mediante a indenização de danos patrimoniais e a compensação de danos morais.

Já na pena, prevalece uma função preventiva de ilícitos. O Direito Penal ergue os olhos para o futuro, pois ao aplicar a sanção punitiva deseja desencorajar o autor do ilícito a reincidir. Aliás, não apenas ele, mas desestimular a qualquer outra pessoa que queira praticar condutas antijurídicas semelhantes. Trata-se de uma missão de contenção de comportamentos.

Esta notável dicotomia se perpetuou nos ordenamentos da modernidade, fixando-se o paradigma da responsabilidade civil como técnica de reparação de danos, não importando a reprovabilidade da conduta e a capacidade econômica do ofensor. Na tradicional visão do Direito Civil, as sanções que lhe tocariam seriam apenas as restitutórias, reintegratórias e ressarcitórias, mas não as punitivas. Isto remete a um direito privado do tipo reativo, que cuida do ilícito tão somente em caráter *ex post*. Quer dizer, um Direito Civil de fundo sub-rogatório que se presta basicamente a eliminar ou mitigar os efeitos danosos de um ato ilícito, ignorando completamente a sua aptidão *ex ante*, qual seja, de prevenir a prática do ilícito, pela via do direcionamento intimidativo da vontade dos particulares, mediante o seu próprio instrumental, sem a necessidade de recorrer a ameaças derivadas de aparatos sancionatórios exógenos (Direito Penal e Administrativo).

O paradigma reparatório é axiologicamente neutro e asséptico. Desconsidera o desvalor de comportamentos contrários ao Direito, alimenta a impunidade, encorajando diversos atores a compartilhar as nefastas práticas desestabilizadoras do já esgarçado tecido social. Portanto, urge perceber que o Direito Civil não deve se limitar a conter danos, mas também (e principalmente) a conter comportamentos antijurídicos, inibindo ilícitos e dissuadindo o potencial ofensor no sentido de respeitar o *neminem laedere*.

Na passagem do singular ao plural (a propriedade/as propriedades; a família/as famílias), cumpre também verificar a transposição do ilícito para os “ilícitos”, com a exaltação de um perfil funcional da responsabilidade civil, superando-se o esquema bipolar da responsabilidade aquiliana (dano patrimonial/moral).

O contraste entre a vontade do particular e a vontade da norma imperativa evidencia o ilícito. Todavia, a doutrina se limita a se referir ao ilícito para caracterizar a responsabilidade civil e o efeito desfavorável da reparação de danos, desconhecendo a recorrência de um ilícito não danoso. A relação entre o ilícito e a responsabilidade civil é de gênero e espécie. A obrigação de reparar danos patrimoniais ou morais é uma das possíveis eficácias do ato ilícito. Em sua estrutura, o ilícito demanda como elementos nucleares a antijuridicidade (elemento objetivo) e a imputabilidade (elemento subjetivo) do agente. O dano não é elemento categórico do ilícito, mas a ele se acresce como fato gerador de responsabilidade civil (art. 927, CC). Assim, de forma equivocada e míope, substitui-se uma noção ampla e indiscriminada de ilícito por um conceito restrito de ilícito danoso, que descuida da decisiva consideração de que a intervenção do direito se realiza no sentido de tornar possível uma reação a uma situação de contraste entre aquilo que foi estatuído e um certo comportamento, prescindindo da causa que determinou o ilícito. Portanto, a noção de ilícito se estende a uma série de *fattispecies*, nos quais a proibição de determinados atos gera a aplicação de uma sanção em sentido amplo, de forma a infligir um mal ao transgressor.

O ilícito poderá ser tratado pelo ordenamento de duas formas diferentes: pelo seu valor “sintomático” ou por seu valor “causal”. No primeiro caso, a valoração considera o ato de ruptura do ordenamento jurídico, a violação de um preceito por si só; enquanto no segundo caso, o desvalor do comportamento é diretamente proporcional à consideração e à relevância dos efeitos que derivam do ilícito no plano do ordenamento. Na pena civil, a sanção se prende a um ilícito sintomático. As penas civis possuem finalidade punitiva primária, pois o essencial da sanção será uma função preventiva de dissuasão da conduta em si. Desrespeitado o preceito pela mera prática da conduta haverá a retribuição do ilícito pela imposição da pena, sem qualquer subordinação à verificação de um dano ou de seus efeitos.

Assim, a incidência de uma sanção punitiva pela prática de um ato ilícito poderá ser fonte de responsabilidade civil, independente da aferição

concreta de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, seja por não existirem ou serem de difícil percepção. Vale dizer, a função sancionatória se dará cumulativamente, lateralmente à função reparatória da responsabilidade civil, ou mesmo à margem desta. Neste caso, haverá a responsabilidade civil sem dano. A pena constitui uma punição pela transgressão da norma; enquanto a reparação persegue unicamente a restauração da lesão praticada por outro sujeito.

#### 4. A PENA CIVIL PARENTAL

No Código Civil de 2002 e na legislação civil esparsa, existem algumas interessantes combinações da ideia penal de punição do lesante com a finalidade civil de reparação concedida ao lesado. Trata-se de recursos legislativos para potencializar o dever legal de não causar danos. Em comum a todas as penas, há um denominador mínimo representando por sua natureza de sanção civil com finalidade punitiva e preventiva.

Em algumas das situações ora descritas as previsões legais de condenações punitivas serão atreladas à responsabilidade civil, especialmente quando estabelecem penas correspondentes a múltiplos indenizatórios. Nestas hipóteses, o ilícito intencional do agente refletirá na sanção punitiva como um *plus* em cotejo aos danos sofridos pela vítima. Ilustrativamente, o art. 608 do Código Civil, ao tratar da interferência ilícita de terceiros sobre a relação de crédito – com indução ao inadimplemento da obrigação pela via do aliciamento –, estipula que o aliciador será condenado a pagar uma importância “que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 2 (dois) anos”. Cuida-se de imposição de pena privada em face do aliciador, ao atrair ou recrutar pessoas já comprometidas contratualmente com outras. Outrossim, no âmbito dos direitos reais, o art. 1.336 do Código Civil prevê uma multa – não superior a 5 vezes o valor da contribuição condôminial – para o condômino que não observar os deveres alinhavados na norma. O legislador não utilizou o vocábulo “pena”, mas a natureza de sanção civil é evidente, pois a multa é devida independentemente das perdas e danos que se apurarem.

Além das sanções punitivas atreladas a múltiplos danos, eventualmente o legislador aplicará penas no âmbito do direito privado, cujo resultado será a supressão de uma determinada situação jurídica até então favorável ao potencial ofensor.

Ilustrativamente, o Código Civil sanciona o comportamento reprovável do possuidor de má-fé, respondendo ele pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais (art. 1.218, CC), bem como por todos os frutos colhidos e percebidos, além dos que por culpa sua deixou de perceber, desde o momento em que constituiu a má-fé (art. 1.216, CC). Isto significa que o

possuidor de má-fé pagará ao proprietário um montante punitivo, pois o seu valor se baseia na mera probabilidade de obtenção de um determinado valor por parte de um proprietário diligente, e não do dano por este efetivamente sofrido. Ademais, em matéria de direito das sucessões, a exclusão dos sucessores por indignidade nos casos em que atentam contra a vida, honra e liberdade do *de cuius* ou de outros familiares próximos (art. 1814 CC), consiste em pena civil. O patrimônio que seria destinado aos sucessores excluídos por sentença reverterá em favor de outros herdeiros.

O Direito de Família também se serve da pena civil como sanção em face de condutas antijurídicas praticadas entre os seus membros. Contudo, nenhuma das medidas legislativas é capaz de emprestar eficácia inibitória e punitiva aos ilícitos ora tratados.

A prisão por inadimplemento do débito alimentar é a hipótese extrema de sanção punitiva parental, cuja aplicação evidentemente se restringe ao descumprimento de prestação relacionada a manutenção do mínimo existencial do credor de alimentos e, como medida restritiva de direitos fundamentais (art. 5º, LXVII, CF), jamais será objeto de aplicação analógica para conter comportamentos omissivos de prestações imateriais caracterizadores de abandono afetivo.

A destituição da autoridade parental é outra pena civil, estabelecida nos artigos 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Art. 24: “A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”. Trata-se de mais um ilícito de eficácia caducificante que nada acresce a tarefa de dissuasão de comportamentos paternos reprováveis, tendo em vista que a maior parte destes eventos só vem a lume quando a vítima já alcançou a maioridade. Mesmo que a demanda seja ajuizada na constância da menoridade, é fato que a perda do poder familiar nada significa em termos inibitórios para quem espontaneamente já havia renunciado a esta autoridade parental!

Alguns poderiam ter em consideração o efeito punitivo das sanções de indignidade e deserção com caráter inibitório de prática de atos de abandono afetivo. Infelizmente, se o filho vier a falecer antes do pai, este não poderá ser excluído da sucessão por uma sentença que reconheça o ilícito praticado pelo genitor – pois o art. 1.814 do Código Civil não sanciona este comportamento<sup>5</sup> –, nem tampouco terá eficácia o ato jurídico de deserção

<sup>5</sup>Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

porventura antecipado pelo filho, pois a teor do art. 1.961, os herdeiros necessários só poderão ser privados de sua legítima nas mesmas hipóteses em que podem ser excluídos da sucessão.

Vê-se que em situações como a do abandono afetivo, a par da responsabilidade civil e de sua função reparatória de danos, inexistem mecanismos de contenção de comportamentos antijurídicos. Isto é, o sistema jurídico permite a existência de um vácuo legislativo no qual mesmo que amplamente demonstrada a deliberada omissão paterna de deveres de criação, educação e companhia do filho nenhuma sanção lhe será imposta, exceto uma eventual compensação pecuniária pelo dano moral, se, evidentemente, além do ilícito culposos houver prova quanto ao dano e ao nexo causal. Nem se cogite de uma norma que crie uma obrigação *in natura* de convivência entre pais e filhos, com a imposição de *astreintes*, eis que flagrante a incoercibilidade da prestação de “afeto” em nosso sistema jurídico.<sup>6</sup>

Esta hesitação já não procede na lei de proteção contra a Síndrome da Alienação Parental. Estipula o art. 6º da Lei n. 12.318/10, que caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III – estipular multa ao alienador; IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

A norma é pedagógica, posto inibitória de atos de interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores para que repudie o outro genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Há um arsenal de sanções punitivas em face de potenciais ofensores com o intuito de estimular o cuidado psicológico parental. Combinando o *caput* do ilustrado art. 6º, com o seu inciso III, encontramos uma pena civil de caráter pecuniário – aqui chamada de multa –, que poderá ser aplicada isoladamente ao genitor alienante, independente da caracterização dos pressupostos da

<sup>6</sup>Na China, vigora desde julho de 2013 lei de visita frequente obrigatória parental, institucionalizando uma antiga tradição chinesa, a de prestação de cuidados filiais aos pais idosos, que necessitam da presença afetiva dos filhos, servindo-lhes de suporte emocional e existencial à idade avançada. No caso, a “Lei de Proteção dos Direitos e Interesses do Idoso” (“*Law of Protection of Rights and Interests of the Aged*”) revigora, no plano jurídico-legal, valores morais que devem ser preservados na sociedade chinesa, despertando a consciência crítica dos mais jovens, no objetivo de os filhos não abandonarem os pais; devendo-lhes, antes de tudo, cuidados adequados, carinho presente e atenção de vigília, em proteção objetiva da família que conta, em seu núcleo básico, com os pais ou familiares anciãos, como pessoas vulneráveis e dignas de proteção integral. Fonte: [www.ibdfam.com.br](http://www.ibdfam.com.br)

responsabilidade civil. Aliás, todos os demais incisos evidenciam que o ilícito possui diversas eficácias, sendo o efeito reparatório apenas uma de suas eventuais consequências, desde que associado ao dano e ao nexo causal (art. 927, CC).<sup>7</sup>

Esta deliberação legislativa quanto ao tratamento do ilícito, seja pelo valor sintomático ou pelo valor causal, dependerá das escolhas do legislador. Diferentemente da alienação parental, no abandono afetivo, não há norma posta. Portanto, para os que admitem a responsabilidade civil pela lesão existencial decorrente do desprezo pelo genitor do valor objetivo do cuidado, o ilícito será sancionado por seu valor causal, qual seja, a consequência da compensação de danos extrapatrimoniais. Todavia, se valorizarmos o ilícito do abandono afetivo pelo seu valor sintomático, será suficiente a demonstração de comportamento antijurídico omissivo no exercício da autoridade parental, consistente na negligência do ascendente em propiciar a seu filho o necessário cuidado, descuidando nos deveres de criação e educação. Sob este prisma o ilícito será sancionado pelo ordenamento por seu desvalor intrínseco, independente da aferição de efeitos, quer dizer, mesmo diante da negação da obrigação de indenizar. Neste caso, o sistema agirá impondo uma pena ao ofensor, sem qualquer consideração aos efeitos compensatórios da violação do dever de cuidado.

A pena civil só existe se amparada normativamente, caso contrário estar-se-ia violando o princípio basilar da legalidade (*nulla poena sine lege*).<sup>8</sup> Aderimos a este fundamental ponto de vista: somos peremptórios no sentido de que só haverá pena civil aquiliana no Brasil com reconhecimento pelo legislador em norma específica. Não admitimos que a pena civil possa ser extraída diretamente – ou seja, sem a intermediação de regras – das cláusulas gerais dos arts. 186 ou 927, *caput*, do Código Civil e submetida a uma decisão judicial que extrairá o conteúdo da pena civil conforme a concretude da hipótese.

Com a edição de uma norma viabilizando a implantação da sanção punitiva, os magistrados poderão aplicá-la, sem se olvidar que: a) a pena civil não guarda nenhuma identidade com os danos extrapatrimoniais; b) a pena civil só se justifica como sanção se conjugada a comportamentos caracterizados pelo dolo ou culpa grave; c) a sentença pode condenar o ofensor à pena civil mesmo que não reconheça a configuração do dano moral.

---

<sup>7</sup>Evidentemente alguns cuidados serão necessários. É lacunosa a Lei n. 12.318/10, no sentido de estipular beneficiários e/ou destinatários da pena civil. Tratando-se de alienação parental, acreditamos que o melhor caminho seja reservar o valor da multa para o próprio menor, em caderneta de poupança vinculada ao juízo, até que complete a maioridade, ou antes disso, desde que motivadamente com parecer ministerial e ordem judicial.

<sup>8</sup>Está em tramitação o PL 700/07, cujo objetivo é alterar o ECA para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Caso aprovado, o parágrafo único do art. 5º da Lei n. 8079/90, teria a seguinte redação: “Art. 5º. Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono moral”.

## 5. CONCLUSÃO

Em absoluto, não consideramos que caiba ao Estado determinar como o cidadão deva escolher o ideal de uma “vida boa”. Mas, nossa convicção é no sentido de que o ordenamento deva induzir o cidadão a ser virtuoso, a adotar uma ética pautada na virtude. Daí o papel pedagógico de sentenças que apliquem penas civis. Propiciam não apenas uma prevenção especial em relação ao autor do fato, mas uma prevenção geral, um fator inibitório para todos os genitores que atuam ou cogitem em atuar de forma irresponsável perante os seus filhos. De fato, a existência de uma pena civil induz a uma reflexão social e política sobre a importância do pai para a constituição da subjetividade de seus filhos.

O fundamental de sanções civis punitivas é reagir contra a perspectiva em voga, que invariavelmente remete a responsabilidade civil à pessoa da vítima e ao dano, abstraindo-se da pessoa do agente, da gravidade de seu fato e, principalmente, de qualquer aptidão preventiva. A ideia de um cuidado psicológico parental – e não meramente material – repercute na sociedade, sendo capaz de gerar um ser humano melhor. Mais do que acautelar e sancionar, a pena civil reafirma a prevalência da pessoa e de sua especial dignidade como referenciais do Estado Democrático de Direito.





# GÊNERO, VIOLÊNCIA E CONJUGALIDADE: SUPERANDO DESAFIOS

Adélia Moreira Pessoa<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Construção cultural de gênero; 2.1. Discriminação da mulher na história; 2.2 A mulher e o direito no Brasil – Colônia e Império; 2.3 A mulher e o direito no Brasil - República. 3. Transformações econômico-sociais e mudanças no direito. 3.1. O novo espaço da mulher; 3.2 Instrumentos internacionais de proteção à mulher; 3.3. Proteção à mulher, Constituição de 1988 e direito posterior. 4. Conjugalidade, gênero e violência. 5. Superando desafios no enfrentamento da violência. 6. Considerações finais. 7. Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As grandes transformações ocorridas na família brasileira contemporânea estão marcadas, entre outras mudanças, pela maior igualdade entre homem e mulher, pela diferenciação entre sexualidade e reprodução, bem como por alterações no padrão de autoridade parental, conduzindo à necessidade de contínuas negociações que podem resultar em um contexto de tensões e conflitos. A violência contra a mulher deixa de ser matéria privada e adquire maior visibilidade no presente.

Em todos os debates e reflexões que tratam dessa matéria, a violência na conjugalidade apresenta-se com extrema relevância, desafiando a todos, quanto à persistência nos seus índices de crescimento, obrigando legisladores, estudiosos da área e formuladores de políticas públicas a debruçarem-se sobre o significativo problema, em busca de alternativas que possam reduzir e buscar caminhos para o enfrentamento dos altos índices de morbidade e mortalidade daí decorrentes.

A violência contra a mulher na conjugalidade não pode ser vista como um ato isolado – mas como fenômeno histórico-social que emerge de uma complexa combinação de fatores, fazendo-se presente em todas classes sociais;<sup>2</sup> estudos demonstram que, preponderantemente, ocorre no contexto

---

<sup>1</sup>Professora-Adjunta do Departamento de Direito da UFS (Aposentada). Profa. de Direito de Família e Sucessões; Promotora de Justiça Aposentada (MPE); Presidente da Comissão de Gênero e Violência Doméstica do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); Advogada - Presidente da CDDM/OAB-SE (Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Ordem dos Advogados do Brasil/SE); Pesquisadora do Grupo de Pesquisa A Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações Sociais.

<sup>2</sup>Vale conferir DINIZ, Gláucia R. S.; ANGELIM, Fábio P. Violência doméstica – porque é tão difícil lidar com ela?

de relações domésticas mas não se restringem ao lar, mas tem nele sua gênese, podendo revelar-se por meio de várias molduras, expressando-se por diversas formas que não se excluem mutuamente (física, moral, psicológica, patrimonial e sexual).

Estudos apontam que a categoria gênero é adequado instrumento de análise, pois os papéis, definidos culturalmente, situam os agentes imersos em relações de poder distribuídas de modo desigual entre os sexos. Para uma primeira corrente, a violência de gênero é uma expressão da ideologia de dominação da mulher pelo homem, resultando na anulação da autonomia da mulher; uma segunda corrente compreende a questão como reflexo do patriarcalismo, e ainda uma terceira – nomeada de relacional – relativiza as noções de dominação masculina e vitimização feminina, concebendo a violência como uma forma de comunicação, um jogo do qual a mulher não é “vítima” senão “cúmplice”. Ressalta-se a dificuldade e instabilidade das mulheres, em situação de violência, para sair do ciclo de violência, tendo em vista os paradoxos do amor e do ódio; a incompreensão e a resistência de muitos que culpabilizam a mulher por essa situação; a complexidade da questão que não pode ser examinada de maneira simplista por meio do binarismo “homem-algoz” e “mulher-vítima”. Cumpre ressaltar que a violência contra a mulher é violência contra a família e as intervenções do estado precisam ir muito além da responsabilização criminal do autor ou da dissolução jurídica do vínculo conjugal, enfatizando-se a necessidade de exercício efetivo da cidadania das mulheres, buscando-se a implementação de ações educativas de prevenção, o fortalecimento das redes de atendimento e a capacitação de seus profissionais.

As consequências da violência de gênero são devastadoras para mulheres, crianças, adolescentes, idosos, vítimas diretas ou indiretas dessas agressões: vão muito além daquele ato e de seus efeitos imediatos, gerando uma reprodução geracional dessa violência. Assim, estão em jogo a paz e a felicidade das famílias.

## 2. CONSTRUÇÃO CULTURAL DE GÊNERO

A cultura milenar sedimentou a crença na diferenciação de papéis a serem desempenhados pelo homem e pela mulher. Buscou-se mesmo fundamentar essa distinção, na própria natureza que teria demarcado espaços para os sexos. Filósofos e religiões reforçaram a crença na inferioridade do sexo feminino e as normas jurídicas foram instrumento de sujeição da mulher

---

*Revista de Psicologia da UNESP*, n. 2, p. 20-35, 2003, que alertam para o mito de que a violência doméstica seja predominantemente um fenômeno que afeta as famílias de classe baixa. Acrescentam que “É provável que esse mito se sustente pelo fato de que as famílias de baixa renda fiquem mais expostas na mídia. As famílias de classe média e alta usam a omissão, o silêncio e o segredo como forma de proteger e de resguardar sua imagem social”.

através dos séculos, contribuindo para a herança do silêncio e da violência contra a mulher.

É indispensável refletir sobre os estereótipos de gênero que impregnam a cultura, em vários espaços sociais<sup>3</sup> a começar pela educação desde os primeiros momentos da vida de uma criança até a fase adulta, consagrando uma visão binária, dicotômica e oposta de gênero, apresentando o masculino como racional, objetivo, controlado e o feminino dotado de menor objetividade e permeado de sedução, de emocionalidade. Antológicas as palavras de Simone de Beauvoir em 1949: “Ninguém nasce mulher, torna-se mulher”. Sem dúvida, a violência contra a mulher emerge de uma combinação complexa de fatores e o enfrentamento a essa violência – que muitas vezes é naturalizada e até banalizada – necessita de um trabalho de desconstrução permanente, de tirar o véu que esconde a realidade, expondo, dando visibilidade a este grave problema que permeia a sociedade.

## 2.1 DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NA HISTÓRIA

Através dos séculos, a mulher quase nunca foi eixo de sua própria história. Na Bíblia Sagrada ela foi instrumento de perdição e de salvação, mas sempre como instrumento, como meio. Aliás, a história foi feita basicamente pelos homens. É só verificar o que se ensinava como História, nas escolas. Todos ouviram o tumulto ensurdecido de vozes retumbantes, das quais nenhuma é de mulher. E os grandes porta-vozes da humanidade: Platão, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Bacon, Lutero, Rousseau, Freud, Nietzsche, Schopenhauer... As mais poderosas vozes da história da humanidade também foram as mais cruéis com as mulheres e muito colaboraram para seu silêncio.<sup>4</sup>

É incontestável o estado de subordinação da mulher grega que, encarcerada no Gineceu, só por exceção aprendeu a ler e a escrever. Não obstante a crença de que a natureza criara a mulher para as funções domésticas e o homem para as atividades nobres, como a filosofia, a política e as artes, era “essencial manter a mulher sob vigilância”, conforme preceituava Xenofonte, “vendo o menor número de coisas, fazendo o mínimo de perguntas possível”.<sup>5</sup>

Todavia, é o pensamento de Rousseau a respeito da mulher que mais nos assusta por sabê-lo representante do “Século das Luzes”. Para esse tão

<sup>3</sup>Se atentarmos para a publicidade que é ainda vinculada em pleno século XXI, constatamos ainda os estereótipos de gênero, a representação hegemônica do masculino, a naturalização e banalização da *violência*; a mulher no *locus* de sedução sem o papel ativo; homem dominador X mulher passiva (Calvin Klein; Triton.; *Dolce & Cabbana*; *Valisere* etc.) traduzindo a ideia de que “o corpo feminino serve ao prazer e à construção da sexualidade masculina”, sendo a violência associada consciente ou inconscientemente ao ser homem. Assim a publicidade muitas vezes presta um desserviço pois não só naturaliza a violência, mas a torna glamourosa.

<sup>4</sup>LECLERC, Annie. *Palavra de mulher*. Trad. Maria Luiza Cesar. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 6.

<sup>5</sup>Apud ALVES, Branca Moreira; PITANGUI, Jacqueline. *O que é o feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p.12.

famoso genebrino “a mulher é feita para agradar ao homem”, “a mulher e o homem são feitos um para o outro”, mas essa mútua dependência não é igual: os homens dependem das mulheres pelos seus desejos; as mulheres dependem dos homens tanto por seus desejos, como por suas necessidades; subsistiríamos mais sem elas que elas sem nós”.<sup>6</sup>

A concepção da mulher em condição de inferioridade saiu da antiguidade, atravessou o medievo, a idade moderna e chegou na contemporânea.

Os registros jurídicos antigos, que remontam ao Código de Hamurabi<sup>7</sup> (da Babilônia), de Manu<sup>8</sup> (da Índia Antiga), à própria Bíblia Sagrada, à Lei das XII Tábuas, as Ordenações Filipinas, em que, muitas vezes, o jurídico, o moral e o religioso se fundem, também encampam regras de conduta que esculpem um perfil da mulher inferiorizada, servil, dominada, alienada e coisificada.<sup>9</sup>

Na Bíblia Sagrada,<sup>10</sup> encontramos muitos versículos que encampam a inferiorização e violência contra mulher: “Disse também à mulher: multiplicarei os teus trabalhos (especialmente os de) teus partos. Darás à luz com dor e ‘estarás sob o poder do marido’”<sup>11</sup> O veredito estava lançado desde a criação do mundo. E o direito soube regular bem o poder marital através dos séculos. E no novo testamento, principalmente nas Epístolas de São Paulo, são inúmeras as disposições que assinalam a inferioridade e a sujeição femininas. Vejamos:

A mulher aprenda em silêncio, com toda sujeição. Não permito à mulher que ensine (em público), nem que tenha domínio sobre o homem, mas esteja em silêncio. Porque Adão foi formado primeiro e depois Eva. E Adão não foi seduzido, mas a mulher seduzida prevaricou. Contudo,

---

<sup>6</sup>ROUSSEAU, Jean- Jacques. Emile ou De L' Education. In: ROSA, Maria da Glória de. *A história da educação através dos textos*. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1976, p. 213. E, ainda, acrescenta Rousseau, “toda educação das mulheres deve ser relativa aos homens. Agradá-los, serem-lhes úteis, [...] educá-los jovens, cuidar deles grandes, [...] tornar-lhes a vida agradável e doce: eis os deveres das mulheres em todos os tempos e o que lhes devemos ensinar desde a infância”.

<sup>7</sup>Art. 133 do Código de Hamurabi – Se um homem livre afastou-se secretamente e em sua casa há o que comer, sua esposa guardará sua casa e cuidará de si mesma. Ela não entrará na casa de outro homem. Se essa mulher não cuidou de si mesma e entrou na casa de outro homem, comprovarão isso e a lançarão n'água. Art. 134 do Código de Hamurabi – Se ela não é irrepreensível, mas é uma saíadora, dilapida a sua casa e desonra seu marido, jogarão essa mulher n'água.

<sup>8</sup>Código de Manu - Art. 415 – Uma mulher está sob a guarda de seu pai durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela jamais deve conduzir-se a sua vontade. Código de Manu- art. 536 – Aquele que não tem filho macho pode encarregar sua filha da maneira seguinte, de lhe criar um filho dizendo: que o filho macho que ela puser no mundo se torne meu e cumpra em minha honra a cerimônia fúnebre.

<sup>9</sup>Os artigos desses Códigos antigos foram extraídos de: LIMA, J.B. de Souza. *As mais antigas normas de direito*. Rio de Janeiro: Valença, 1980, p. 24 e 44.

<sup>10</sup>E, ainda, com espeque na Bíblia, no Livro Eclesiástico: Não dês à mulher poder sobre a tua alma para que se não levante contra a tua autoridade e fiques envergonhado (Eclesiástico, 9.2); Se a mulher tem o mando ela se levanta contra o seu marido (Eclesiástico 25.30). Da mulher nasceu o princípio do pecado e por causa dela é que todos morremos (Eclesiástico; 25.33). Se não andar sempre debaixo da tua mão, ela te cobrirá de confusão diante de teus inimigos (Eclesiástico ; 25.34). Vê-se, aí, um desdobramento do Gênesis. Maldição terrível sobre a mulher, porque instrumento de perdição.

<sup>11</sup>BÍBLIA SAGRADA. Velho Testamento. Gênesis, 3.16.

salvar-se-á pela educação dos filhos se permanecer na fé e na caridade e na santidade unidas à modéstia.<sup>12</sup>

Com o Direito Romano não foi diferente, sendo perpassado por grande carga de discriminação da mulher.<sup>13</sup> Estava a mulher, no mundo romano antigo, submetida a “*manus*”. A *manus* existia no sentido de estabelecer a paz doméstica, a ordem e a disciplina da casa. A palavra *manus* implica a ideia de autoridade e aplica-se tanto a do pai sobre a filha, ou do irmão sobre a irmã, como a do marido sobre a mulher. Cabia ao homem determinar a disciplina, a ordem na casa e se a mulher aceitava essa situação isso só pode ser atribuído à educação que ela recebia desde o seu nascimento em que era moldada para a submissão.

No mundo muçumano, o documento básico, o Alcorão, retrata um mundo masculino. Deus fala aos homens e lhes fala das mulheres. Vale salientar alguns versículos do Alcorão:

Os homens têm autoridade sobre as mulheres pelo que Deus os fez superiores a elas e porque gastam de suas posses para sustentá-las. As boas esposas são obedientes e guardam sua virtude na ausência de seu marido conforme Deus estabeleceu. Aquelas de quem temais a rebelião, exortai-as, bani-as de vossa cama e batei nelas. Se vos obedeceram não mais as molesteis. Deus é elevado e grande.<sup>14</sup>

Novamente aí o fundamento econômico e religioso da inferioridade das mulheres. E presente o “direito de corrigir” dado ao marido. O Alcorão continua muito atual, desdobrando-se em outros preceitos, ainda hoje, válidos para milhões de pessoas.

---

<sup>12</sup>BÍBLIA SAGRADA. Novo Testamento. Epístolas de São Paulo, 2:11 a 14.

<sup>13</sup>Na Lei da XII Tábuas (Roma – sec. V a.C.), encontramos na Tábua VI, que se refere ao Direito de Propriedade e da Posse, o seguinte: “A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob seu poder, salvo se se ausentar da casa por três noites”. A mulher está equiparada às coisas móveis porque conforme o artigo anterior ao citado, a usucapião das coisas imóveis dava-se com dois anos de posse ininterrupta e das coisas móveis, um ano era suficiente... E se a mulher se ausentasse por três noites a posse seria interrompida... Se esta não é a única maneira de se estabelecer o poder do marido sobre a mulher, parece claro que na maior parte da vida romana a história da mulher foi marcada pela submissão.

<sup>14</sup>ALCORÃO. Trad. Mansour Challita. Rio de Janeiro: Associação Cultural Internacional Gibran.[sdl]; 4.34.

## 2.2. A MULHER E O DIREITO NO BRASIL - COLÔNIA E IMPÉRIO

Passando ao direito brasileiro, lembramos que, durante mais de dois séculos, o Brasil regeu-se pelas Ordenações Filipinas (1603), cujo Livro V (Título XXXVIII), que tratava dos Delitos e das Penas dispunha, entre outras coisas:

Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assim a ela, como ao adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero Fidalgo ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matar alguma das sobreditas, achando-a com sua mulher em adultério não morrerá por isso, mas será degredado para África com pregão na audiência pelo tempo, que aos julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de três anos.

E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adúltero, que achar com ela em adultério, mas ainda os pode lícitamente matar, sendo certo que lhe cometeram adultério; e entendendo assim provar, e provando depois o adultério por prova lícita e bastante conforme a Direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito.<sup>15</sup>

Não parece estar aí o fundamento da chamada “legítima defesa da honra”, que serve de justificativa social para o homicídio de mulheres por seus parceiros e que serviu durante tanto tempo para a defesa de crimes passionais em que maridos se acham ainda com o direito de vida e morte sobre suas mulheres?

O título XXXVI, do mesmo Livro V das Ordenações Filipinas, isentava de pena quem castigasse criado, discípulo, seu filho *ou sua mulher...* Presente, também aí, o *jus corrigendi*. Reitere-se, portanto, que as Ordenações

Filipinas impõem o controle feminino pela violência consagrando o direito de o marido castigar “mulher, filho ou escravo”.

No período da monarquia constitucional, 1822/1889, foi editado o Código Criminal de 1830 que considerava o adultério feminino um crime punido com pena de 1 a 3 anos de prisão com trabalho; se adultério do homem, entretanto, só ocorreria quando ele mantivesse concubina (art. 250).

---

<sup>15</sup>ORDENAÇÕES Filipinas (1603), Livro V, Título XXXVIII

## 2.3. A MULHER E O DIREITO NO BRASIL - REPÚBLICA

Com a República, houve a separação Igreja e Estado e o Decreto n. 181, de 24/01/1890, oficializa o casamento civil e estabelece a incapacidade da mulher: o marido representa, administra, fixa domicílio e autoriza profissão.

A primeira Constituição da República, em 1891, em seu artigo 72, § 2º, estabeleceu que “*Todos* são iguais perante a lei”.<sup>16</sup> Igualdade formal, que não foi suficiente, entretanto, para atribuir direitos iguais às mulheres. A interpretação que se dava à expressão ‘*todos*’ não incluía necessariamente a mulher. Só para exemplificar: não obstante a vigência do artigo 70 desta mesma Constituição<sup>17</sup> que preceituava serem “eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei”, a mulher não tinha o direito ao voto sendo que, somente com o Código Eleitoral de 1932 adquire esse direito; no Código Civil, editado em 1916, ficou estabelecido ser o marido o chefe de família e a mulher casada ainda considerada relativamente incapaz.

A Constituição de 1934 preconizava que: “*Todos* são iguais perante a lei” (art. 113, inciso I), mas acrescentava que “*Não* haverá privilégios, nem distinções por motivos de nascimento, sexo...”; fazendo referência mais específica à proibição à discriminação desarrazoada, fundamentada estritamente na diferença de gênero. Esse texto fora retomado nas Constituições de 1967 e 1969 (Emenda n. 01 de 1969), mas não era seguido na prática jurídica, pois a legislação infraconstitucional ainda discriminava a mulher.

Com o chamado Estatuto da Mulher Casada, em 1962, a mulher obtém a capacidade plena, mas ainda é mantida a hierarquia, pois o marido representa a família, fixa o domicílio e sua vontade deve prevalecer em relação aos filhos. A CLT ainda tinha vários artigos que discriminava a mulher. E na jurisprudência de alguns tribunais havia resquícios da mentalidade de que o homem poderia “disciplinar a mulher”.

Com efeito, encontramos até na década de 1970 do século XX, em muitos julgados brasileiros, a doutrina criminal da “harmonia familiar”, com o reconhecimento jurisprudencial do direito de bater em nome da “proteção familiar”; diziam muitos tribunais ser recomendável prudência do julgador em tema de agressão de marido à mulher. Atribuíaam alguns magistrados a culpa à mulher. Assim, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Absolvição por “mera briga de casal” e mulher “nervosa” (teve que ser amarrada no Hospital).<sup>18</sup> Ainda a mesma alegação em julgado do TACRIM-SP:

---

<sup>16</sup> Observe-se que essa referência do direito à igualdade foi retomada pelas Cartas de 1937, com acréscimo da expressão “sem distinção de sexo” nas Constituições de 34, 67 e 69.

<sup>17</sup>Constituição de 1891 –Art. 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: 1º) os mendigos; 2º) os analfabetos; 3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior; 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual. § 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis.

<sup>18</sup>TJRJ - Embargos Infringentes n. 12.930, julgado em 15/05/1977.



“Inviável condenação por lesões corporais, quando não seja indiscutível a responsabilidade do réu, mormente se notória a criação, pela vítima, de ambiente de tensão psicoemotiva propícia à explosão nervosa”.<sup>19</sup> E no TJSP: “Admissível moderada reação física contra injusta agressão verbal. Assim, não há crime se, no recesso do lar, brigando marido e mulher, sofre esta, após dirigir àquele insultos morais, insignificante lesão, que sequer chega a sangrar”.<sup>20</sup>

### 3. TRANSFORMAÇÕES ECONÔMICO-SOCIAIS E MUDANÇAS NO DIREITO

#### 3.1. O NOVO ESPAÇO DA MULHER

Durante séculos, o patriarcalismo permeava a educação, a produção, o consumo, a política, o direito, enfim toda a organização da sociedade. No século XX, especialmente no pós-guerra, ocorreu o processo de emancipação da mulher, com a inclusão feminina no mercado de trabalho, permeada pelas reivindicações de igualdade. Conforme Castells, a revolução feminista remete às raízes da opressão e a transformação da conscientização da mulher traz consequências para toda a humanidade.

No dizer de Castells<sup>21</sup> o desmoronamento da família patriarcal sintetiza a transformação de toda a vida da sociedade por meio da transformação da economia e do mercado de trabalho associada à abertura de oportunidade para mulheres (pela educação) e pelas transformações tecnológicas (biologia, farmacologia e medicina) – que possibilitaram o controle da reprodução.

Ainda, segundo o mesmo autor, os movimentos sociais da década de 1960 e seus temas multidimensionais abrem campo para a afirmação de feminismo. A crise da família patriarcal se revela pelo enfraquecimento do modelo familiar baseado na autoridade/dominação exercida pelo homem como cabeça do casal. Acrescente-se a isso a rápida difusão de ideias em uma cultura globalizada a contribuir para o desmoronamento do patriarcado e tendências no mundo de enfraquecimento da família tradicional e novas formas de convivência entre mulheres, crianças, bichos de estimação e de homens.<sup>22</sup> “Mas será o fim do patriarcalismo? As lutas contínuas internas do patriarcalismo e em torno dele não permitem antever claramente o horizonte histórico”...<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup>TACRIM - Apelação 40.019, Rel. Chiaradia Neto, julgado em 09/05/1972.

<sup>20</sup>TJSP -Apelação n. 35955, julgada em 25/11/1971

<sup>21</sup>CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p.169-172.

<sup>22</sup>*Ibidem*, p. 191.

<sup>23</sup>*Ibidem*. [...] “na História não há direcionamento predeterminado. Não estamos marchando em triunfo pelas avenidas da nossa liberação e, se imaginamos que estamos, faríamos melhor se observássemos para onde esses

No contexto internacional houve o reconhecimento da discriminação e desigualdade de gênero como problema social e político. Movimentos sociais dos anos 70/80, nos EUA, Canadá e países europeus pressionam para que a violência contra as mulheres fosse tratada na pauta política de cada país.

Também no Brasil, debatia-se a violência contra as mulheres como problema social e político. Os movimentos de mulheres denunciavam a discriminação baseada no gênero, inscrita nas leis; o descaso policial no registro de ocorrências de violência sexual; a atuação discriminatória da justiça criminal, com decisões que absolviam homens que agrediam suas parceiras, legitimando, dessa forma, o comportamento masculino. Pugnavam pela formulação de políticas públicas para enfrentar a violência e a discriminação, especialmente para acabar com a impunidade nos casos de violência praticadas contra as mulheres, fomentando a criação das Delegacias de Defesa da Mulher, que permitiram maior visibilidade ao problema, contribuindo eficazmente nos debates, políticas e estudos sobre a violência contra as mulheres.

Com as mudanças econômico-sociais e, conseqüentemente, mudança de valores culturais, pressões e interesses manifestados de diversas formas pela sociedade civil tornaram possível a ocorrência de transformações no direito, não só internacional, mas também no Brasil especialmente a partir das Convenções e Tratados internacionais, da Constituição de 1988, e mais especificamente, com a Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha. Ocorrem mudanças no lugar social da mulher e, com isso, a não aceitação de ditos “em briga de marido e mulher não se mete a colher” e a não aceitação de absolvições de homens assassinos de mulheres em nome da legítima defesa da honra.

### **3.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À MULHER**

O período pós-guerra, especialmente a partir da década de 1970 do século XX, foi marcado por uma série de tratados, resoluções e declarações internacionais que reconhecem os direitos das mulheres, em suas especificidades. A Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – denominada Convenção de Belém do Pará (1994), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre

---

caminhos gloriosos conduzem. A vida passa pela vida sem qualquer senso de direção e, sabemos bem, é cheia de surpresas. A restauração fundamentalista, colocando novamente o patriarcalismo sob a proteção da lei divina, pode muito bem reverter o processo”

a Eliminação de Discriminação contra a Mulher (1999), entre outros, são indicadores do avanço global do direito relativo à proteção da mulher, em suas especificidades. Nesses vários instrumentos internacionais ratificados, comprometeu-se o Brasil a garantir esses direitos a todas as mulheres e buscar sua plena efetividade.<sup>24</sup>

A proteção dos direitos da mulher é parte do processo de especificação de direitos que se afirmou por meio de diversas convenções que quebraram a dicotomia entre o público e o privado, alcançando diversas formas de violência

perpetradas, inclusive no âmbito familiar e explicitando a aplicabilidade do Direito a casos de violência ocorridos na esfera doméstica.<sup>25</sup>

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)<sup>26</sup> define discriminação contra a mulher, em seu artigo 1º, estabelecendo que:

A expressão discriminação contra a mulher significa toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Vale frisar que, em 1993, na Declaração de Viena, os direitos humanos das mulheres ganham o reconhecimento integral da comunidade internacional, ficando ali, estabelecido, em seu artigo 18: “Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais”.

A Convenção de Belém do Pará (1994), em seu artigo 1º, define violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” e, em seu artigo 3º,

---

<sup>24</sup>Cf. PESSOA, Adélia Moreira. Direitos humanos e família: da teoria à prática. In: Família e dignidade humana. *Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.34.

<sup>25</sup>Nesse sentido: IKAWA, Daniela. Mulheres e direitos humanos. In: CRUZ, Maria Helena Santana; ALVES, Amy Adelina Coutinho de Faria (Org.). *Feminismo, desenvolvimento e direitos humanos*. Aracaju: REDOR, NEPIMG / UFS/ FAP-SE, 2005.

<sup>26</sup>A *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (CEDAW — Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979. Assinada pelo Brasil, com reservas na parte relativa à família, em 31/03/1981, e ratificada pelo Congresso Nacional, com a manutenção das reservas, em 01/02/1984. Em 1994, tendo em vista a isonomia entre homens e mulheres estabelecida na Constituição de 1988, o governo Brasileiro retirou as reservas, ratificando plenamente toda a Convenção.

estabelece: “Toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada”.<sup>27</sup>

Na denominada Cúpula do Milênio, realizada pela ONU, em setembro de 2000, os países-membros das Nações Unidas comprometeram-se a cumprir alguns objetivos, estabelecidos como Metas do Milênio, e, entre essas, inclui-se promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres.

Os participantes da Cúpula Mundial da Família de 2004 comprometeram-se a disseminar o conteúdo da Declaração de Sanya e convocar governos, sociedade civil e outras instituições a aumentar esforços, entre outras coisas, no sentido de dar força a famílias e seus membros, em especial mulheres e meninas, e colocá-las no foco das políticas de redução de pobreza; garantir direitos iguais entre todos os membros da família com atenção especial aos direitos das mulheres e meninas; dar suporte a políticas de família que promovam a participação de homens na divisão de responsabilidades das tarefas domésticas; empoderar<sup>28</sup> mulheres a participarem da vida pública e livrá-las do descaso, exploração, abuso e violência.

### 3.3 PROTEÇÃO À MULHER, CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DIREITO POSTERIOR

Na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), houve grande trabalho de movimentos de mulheres e a Constituição de 1988 tem enorme influência na história dos direitos da mulher brasileira, explicitando, em vários artigos, essa igualdade.<sup>29</sup>

<sup>27</sup>Importante salientar que equipara a discriminação a uma forma de violência contra a mulher reforçando a indivisibilidade desses direitos, deixando claro que a não violência é condição fundamental para a fruição dos direitos das mulheres. A Convenção inova ao introduzir o conceito de violência baseada no gênero como aquela que é cometida, pelo fato de a vítima ser mulher, e, amplia o âmbito de aplicação dos direitos humanos, tanto na esfera pública (ocorrida na comunidade), como na esfera privada (no âmbito da família ou unidade doméstica). Nesse sentido: ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos humanos e não violência*. São Paulo: Atlas, 2001, p.83 e segs.

<sup>28</sup>Empoderamento (*empowerment*) – Termo cunhado na língua inglesa para designar um processo contínuo que fortalece a autoconfiança dos grupos populacionais desfavorecidos e os capacita para a articulação de seus interesses e para a participação na comunidade, facilitando-lhes o acesso aos recursos disponíveis e o controle sobre estes, a fim de que possam levar uma vida autodeterminada e autorresponsável e compartilhar do processo político. Dessa forma, a abordagem de empoderamento das atividades ligadas ao fomento das mulheres aponta para a autodeterminação, o aumento do nível de auto-organização, assim como para um papel mais ativo do sexo feminino em todos os processos sociais. Compêndio do Vocabulário da GTZ (Disponível em: [www.2.gtzde/glossar](http://www.2.gtzde/glossar)).

<sup>29</sup>Assim, quando dispõe sobre os direitos individuais, estabelece no art. 5º, inciso I – “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”. Ao dispor sobre os direitos sociais, em relação à mulher trabalhadora, no art. 7º inciso XXX, prescreve a “proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios da admissão por motivo de sexo”. Quando trata dos direitos na família no art. 226, § 5º afirma que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Além disso, repetem, em dispositivos específicos, as normas de igualdade. Assim, quando cuida da usucapião urbana, no art.183, §1º preceitua que o título de domínio será conferido ao homem ou à mulher. Da mesma forma, em relação à distribuição de lotes na Reforma Agrária – art. 189, parágrafo único: “o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher”.

Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo, “nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher e entre os filhos. [...]. O princípio da igualdade de gêneros foi igualmente elevado ao status de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados (art. 5º, I, da Constituição)”.<sup>30</sup> O novo Código Civil de 2002 estabelece a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e a isonomia de direitos dos filhos. Não mais normas que concediam ao varão a chefia, a administração dos bens e a representação legal da família.

Não se pode olvidar que a Constituição de 1988, no § 8º do artigo 226, estabelece que o estado deve assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, devendo criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, ao tempo em que, em seu pórtico, erigiu a fundamento da república, entre outros, a dignidade da pessoa humana.

O artigo 3ª da Constituição Federal enumera os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, deixando evidente que a proteção social se materializa nas políticas sociais efetivadas. Entre esses, o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Após a Constituição de 1988 – e até 1995 – encontram-se julgados dos tribunais coibindo a violência doméstica, em um repúdio ao mito da “harmonia familiar”.<sup>31</sup>

Na década de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA acata denúncias do caso de Maria da Penha Maia Fernandes, e recomenda ao Estado Brasileiro a resolução do caso. O Brasil é condenado em 2001 a pagar uma indenização a Maria da Penha e responsabilizado por negligência e omissão em relação à violência doméstica, com a recomendação de adotar várias medidas, entre as quais “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual”.

Com a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, o Direito brasileiro escreve um novo capítulo na luta pelo fim da violência contra as mulheres.

---

<sup>30</sup>Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *RBDf*, ano VI, n. 24, jun./jul. 2004, p. 154.

<sup>31</sup>Vale citar alguns julgados, após a CF, que mudam a abordagem da violência doméstica: STJ “I - O amásio da vítima a esfaqueou no pescoço, com avulsão da musculatura, sendo denunciado por lesão corporal (CP, art. 129, “caput”). O juiz monocrático – e com ele o colegiado –, embora reconhecendo que não havia excluyente da antijuridicidade, absolveu o réu, invocando “*política criminal*” e a “*harmonia do lar*”. O Tribunal, por seu turno, ao confirmar a sentença absolutória, acresceu o “princípio da bagatela”. II - Não toca ao juiz, depois de reconhecer a inexistência de excluyente de antijuridicidade, absolver o réu por *razões metajurídicas*. O fato é típico e antijurídico. Também não se pode, no caso concreto, invocar o “princípio da bagatela ou da insignificância”. (STJ Resp 38117/PR, Ministro Adhemar Maciel, julgado em 30/11/1993). – TJPR: “O homem que agride sua companheira não pode ser absolvido a pretexto de se preservar a paz da vida familiar, visto que nenhuma razão de ordem social justifica fique a mulher exposta a agressão do seu companheiro, *fora da esfera de proteção do direito*.” (TJPR Acórdão 2128, Relator Fleury Fernandes, julgado em 24/09/92). TACRIM-SP: “Em sede de lesões corporais, se a agressão é exercida pelo marido contra a esposa, não se justifica a absolvição do agente sob alegação de conveniência de natureza *político-criminal*, pelo fato do casal haver-se *reconciliado* posteriormente, vez que tal atitude não é excluyente de criminalidade, devendo a Lei Penal ser aplicada para a reprovação e prevenção do crime, sendo evidente que tais objetivos não são alcançados se esta *agressão pode ser livremente praticada e depois desculpada, acarretando perigos precedente e inevitável sensação de impunidade*” (TACRIM-SP – AC – Rel. Gonzaga Franceschini – *RJD* 18/99, julgado em 21/06/1993).

A lei disciplina o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres em três eixos: \_proteção e assistência; prevenção e educação; combate e responsabilização.<sup>32</sup> É antes de tudo uma norma diretiva de políticas públicas, de caráter protetivo (atenção à vítima) e de intervenção (educação e reabilitação de agressores). Reconhece, assim, a violência contra as mulheres na esfera doméstica, como problema de múltiplas dimensões que não pode ser tratada *apenas* como problema de justiça criminal.

#### 4. CONJUGALIDADE, GÊNERO E VIOLÊNCIA

A Violência de Gênero revela-se por meio de várias molduras, expressando-se por diversas formas que não se excluem mutuamente — física, moral, psicológica, patrimonial e sexual. Segundo o Mapa da Violência 2012 do Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos (CEBELA)/ Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais(FLACSO)-Brasil), “em todas as faixas etárias, o local de residência da mulher é o que decididamente prepondera nas situações de violência, especialmente até os 10 anos de idade e a partir dos 30 anos da mulher com um percentual de 71,8% dos incidentes acontecendo na própria residência da vítima”. O fato é que persiste uma dicotomia entre os espaços público e privado, sendo a esfera privada ainda dominante como espaço feminino. Não podemos esquecer que, durante séculos, o espaço da casa privatizou os conflitos domésticos e a violência contra a mulher e o direito regulou o poder disciplinar marital.<sup>33</sup>

Se já ultrapassamos o modelo tradicional da divisão do trabalho em que o homem era o provedor e a mulher cuidava da casa e dos filhos, entretanto, a maioria de mulheres segue o modelo de conciliação profissional/doméstica: a mulher trabalha fora, mas concilia trabalho profissional e trabalho doméstico, não se exigindo culturalmente do homem essa conciliação. Sabemos que o modelo da *parceria*, em que homens e mulheres repartem as tarefas domésticas e de cuidado da família ainda está longe de ser alcançado. O espaço masculino continua a ser tipicamente o espaço público. Vale lembrar o que assevera Flavia Piovesan: “Ainda que se constate, crescentemente, a democratização do espaço público, com a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais, resta o desafio de democratização do espaço

---

<sup>32</sup>Na Lei Maria da Penha, há previsão de políticas preventivas, incluindo implementar ações que desconstruam mitos e estereótipos de gênero e que modifiquem os padrões sexistas, perpetuadores das desigualdades de poder entre homens e mulheres e da violência contra as mulheres. Inclui ações educativas e também culturais que disseminem atitudes igualitárias e valores éticos de irrestrito respeito à diversidade de gênero, raça/etnia, geracionais e de valorização da paz. Recomenda campanhas educativas, programas educacionais e inclusão nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, de conteúdos relativos aos direitos humanos à equidade de gênero e de raça.

<sup>33</sup>Poder, conforme Foucault, é algo construído historicamente e materializa-se em uma relação. Assim, homens e mulheres historicamente ocuparam papéis – o que tem poder e o que não tem. Essa relação de poder no âmbito doméstico ainda está presente no espaço privado, encontrando-se permeada de muita violência.

privado – cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público”.<sup>34</sup>

Vale ressaltar que o gênero continua sendo um critério para criar espaços socialmente diferenciados e hierárquicos. Preconceitos e estereótipos de gênero ainda estão presentes na sociedade brasileira. O ser feminino ou o ser masculino é construído desde os primeiros momentos de vida, ou mesmo antes do nascimento, pois muitos desejam um filho homem, pois acreditam que só o filho homem traz completude a uma família – questão cultural, mas questão também de violência. Desde a mais tenra idade, os brinquedos das meninas são voltados para a maternagem, para a vida doméstica, enquanto para os meninos os artefatos culturais levam às ações lógicas e mais liberdade. Assim, os processos de formação das masculinidades e feminilidades resultam de um dado contexto cultural, sendo a educação produtora e reprodutora de estereótipos. Os trabalhos domésticos – administração das tarefas domésticas, educação dos filhos – assumidos preponderantemente pelas mulheres têm dificultado a demonstração do potencial feminino no mercado de trabalho.

Estudos indicam como se desenvolvem as relações conjugais, especialmente como o poder masculino tem subjugado a mulher. Conforme explicitado por Cecília Santos & Izumino,<sup>35</sup> três correntes podem ser elencadas para explicar esta relação: a primeira entende que a violência resulta da ideologia de dominação masculina; a segunda assevera que a violência relaciona-se ao patriarcado; a terceira relativiza a perspectiva dominação-vitimização.

Com efeito, no enfoque da primeira corrente, Marilena Chauí entende que a violência contra as mulheres resulta de uma ideologia de dominação masculina, que é produzida e reproduzida tanto por homens como por mulheres. A ideologia define a condição “feminina” como inferior à condição “masculina” sendo as mulheres, muitas vezes, “cúmplices” da violência que recebem e que praticam, mas sua cumplicidade não se baseia em uma escolha ou vontade, já que a subjetividade feminina fica destituída de autonomia. As mulheres figuram como “cúmplices” da violência e contribuem para a reprodução de sua “dependência” porque são “instrumentos” da dominação masculina. A violência é definida como uma ação que transforma diferenças em desigualdades hierárquicas com o fim de dominar, explorar e oprimir. A ação violenta trata o ser dominado como “objeto” e não como “sujeito”, o qual é silenciado e se torna dependente e passivo. O ser dominado perde sua autonomia, ou seja, sua liberdade, entendida como “capacidade de autodeterminação para pensar, querer, sentir e agir”. As diferenças entre o feminino e o masculino são transformadas em desigualdades hierárquicas

---

<sup>34</sup>PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194-195.

<sup>35</sup>SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *Revista E.I.A.L. Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, v. 16, n. 1, 2005, p. 147-164.

por meio de discursos masculinos sobre a mulher, os quais incidem especificamente sobre o corpo da mulher.

A segunda corrente que tem por base a perspectiva feminista e marxista do patriarcado, desenvolvida no Brasil por Heleieth Saffioti,<sup>36</sup> acrescenta a dominação masculina aos sistemas capitalista e racista. Para Saffioti, “o patriarcado não se resume a um sistema de dominação, modelado pela ideologia machista. Mais do que isto, ele é também um sistema de exploração. Enquanto a dominação pode, para efeitos de análise, ser situada essencialmente nos campos político e ideológico, a exploração diz respeito diretamente ao terreno econômico”. Assim a violência contra as mulheres resulta da socialização e ideologia machista, na qual se sustenta esse sistema, que socializa o homem para dominar a mulher e esta para se submeter ao “poder do macho”. Dada sua formação de macho, o homem julga-se no direito de espancar sua mulher. Esta, educada que foi para submeter-se aos desejos masculinos, toma este “destino” como “natural”.

Ao contrário de Chauí, Saffioti rejeita a ideia de que as mulheres sejam “cúmplices” da violência. A autora define as mulheres como “sujeito”, mesmo sendo vítimas dentro de uma relação desigual de poder com os homens. “As mulheres se submetem à violência não porque consentam”: elas são forçadas a “ceder” porque não têm poder suficiente para consentir.

A terceira corrente dos estudos sobre violência contra as mulheres relativiza a perspectiva dominação-vitimização. O principal trabalho que exemplifica essa corrente é de Maria Filomena Gregori,<sup>37</sup> publicado no início dos anos 19. Segundo ela, a libertação da mulher depende de sua conscientização enquanto sujeito autônomo e independente do homem, o que será alcançado por meio das práticas de conscientização feminista, argumentando que as mulheres em situação de agressão não são simplesmente “dominadas” pelos homens ou meras “vítimas” da violência conjugal. A exemplo de Chauí, Gregori concebe a mulher como “cúmplice” da reprodução dos papéis de gênero que alimentam a violência. Só que tal cumplicidade não é explicada por Gregori como mero instrumento de dominação, pois a mulher, muitas vezes, reforça a reprodução dos papéis de gênero, coopera na sua produção como “não sujeito”, colocando-se em uma posição de vítima, porque assim obtém proteção. O medo da violência também alimenta a cumplicidade da mulher.

Entendemos que não pode ser descartada a ideia de patriarcado como uma das raízes da violência contra a mulher. Ao lado disso, é necessário relativizar o modelo de dominação masculina e vitimização feminina para que se verifique o contexto no qual ocorre a violência. A mulher não é mera vítima — o discurso vitimista não só limita a análise da dinâmica desse tipo

<sup>36</sup>SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 79-80.

<sup>37</sup>GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.



de violência como também não oferece uma alternativa suficiente – a mulher pode envolver-se em sua própria vitimização, não tendo forças para sair dessa situação, se não tiver apoio. É necessário entender a complexidade da violência contra a mulher, dentro de um contexto de uma hierarquia de poder nas relações sociais existentes.

Os estereótipos povoam o imaginário social, tendo como consequência a naturalização das condutas de homens e mulheres, que passam a considerar natural o que resultou de uma cultura plasmada pacientemente pelo tempo. Assim, reproduzimos estes estereótipos, esses mitos<sup>38</sup> e reforçamos a cultura de discriminação e violência contra a mulher. Sem dúvida, a compreensão dos mitos é etapa importante do trabalho de compreensão e de intervenção.<sup>39</sup> É preciso ter em conta que negligências e omissões, muitas vezes, são justificadas com base nesses mitos.

Por outro lado, estudos indicam que não está muito claro *o que significa* violência contra a mulher, que tipos de comportamentos, acontecimentos cada um dos parceiros/cônjuges nomeia como violência; o que *os “outros”* nomeiam como violência e como a ideia de *limite* aparece em *contextos* marcados pela violência.

Essa violência revela-se muitas vezes letal ao fim de um relacionamento. Se a conjugalidade foi construída em uma relação de poder, de dominação e sujeição do outro, como suportar a falência desse modelo?<sup>40</sup>

Em relação ao perfil do autor de violências conjugais, estudos mostram alguns pontos em comum: concepções sexistas; baixa expressão emocional; obsessão pelo controle da mulher; tendência a negar, minimizar e justificar comportamento violento; pouco ou nenhum antecedente criminal em relação a outros tipos de delitos.

Muitas vezes, operadores de direito como magistrados e membros do Ministério Público ficam indignados quando, na fase processual, a mulher que sofreu a agressão desmente o que disse na polícia, inventa fatos inexistentes para inocentar o parceiro e evitar sua condenação. Entretanto, é necessário refletir mais profundamente sobre isso, perguntando: o que faz com que “vítimas” não denunciem situações de violência, ou não sustentem a denúncia? Medo e vergonha são fatores relevantes nesta seara: pressões e ameaças de “doses” ainda maiores de violência; medo de expor detalhes da intimidade, ser desvalorizada ou estigmatizada; medo de ser cobrada e culpabilizada; medo de não ser compreendida e de não receber apoio.

---

<sup>38</sup>Exemplos de estereótipos: Ser homem é ser forte, trabalhador, responsável e provedor; ser mulher significa ser amável, fiel, sincera, compreensível, companheira e saber cuidar de si e do outro; é da natureza dos meninos brincarem de carrinho, de “luta” e de futebol, enquanto meninas gostam de brincar de boneca e de casinha oumitos como a violência doméstica acontece mais entre as famílias pobres e de pouca instrução; a crença que conseguirá mudar o parceiro; que é sua “sina” a salvação do outro.

<sup>39</sup>DINIZ, Gláucia R. S.; ANGELIM, Fabio P. Violência doméstica – porque é tão difícil lidar com ela? *Revista de Psicologia da UNESP*, n. 2, p. 20-35, 2003.

<sup>40</sup>De alto risco os momentos de fim do relacionamento, quando se trata de vínculo violento. Aí a máxima adotada por alguns feministas: ‘Se não for minha, não será de mais ninguém’.

Uma segunda pergunta: o que faz com que mulheres permaneçam com homens que as maltratam? Podemos elencar vários fatores que interferem nessa difícil decisão situada entre os benefícios da relação e os custos da violência: sentimento de lealdade, amor, apego (violência como “uma” dimensão da relação); dependência (não só econômica, mas especialmente emocional); preocupação com o impacto da denúncia sobre outros membros da família; a falta de apoio, muitas vezes, até familiar e ausência de alternativas reais. Além disso, a presença dos mitos culturais, das convicções religiosas, especialmente da crença que conseguirá mudar o parceiro.

Essa é outra questão sempre presente nos vínculos violentos: o autor desse tipo de violência pode mudar? Por que a mulher acredita nesta mudança? Para melhor compreender esta matéria, faz-se necessário reportar ao *Ciclo da violência*, descrito, inicialmente, por Lenore Walker:<sup>41</sup> 1. Período de aumento da tensão: a mulher pressente que algo está errado e muitas vezes tenta utilizar uma série de estratégias para acalmar o parceiro, em comportamento condizente com a ideia de que a mulher é capaz de controlar o comportamento violento do homem.<sup>42</sup> 2. Explosão da violência, descontrole e destruição, quando ocorre incidente agudo de violência e a tensão atinge seu ponto máximo e acontecem os ataques mais graves. 3. Lua de Mel: período de arrependimento e reparação.<sup>43</sup> Esses ciclos são repetitivos, com uma diminuição gradativa dos intervalos. É importante conhecer o ciclo da violência para ajudar as mulheres a identificá-lo, quando for o caso, e impedir que ele se reproduza, denunciando a violência, interrompendo o ciclo.

Assim, nesta seara de violência conjugal, detectam-se várias práticas (re) conhecidas, naturalizadas, banalizadas. Em muitas vezes, como fruto da estrutura ainda patriarcal há a culpabilização da mulher (ou a autculpabilização), com a legitimação da violência atribuída ao comportamento provocativo e sedutor da mulher – com frases do tipo ‘mereceu’ o abuso – em um campo minado de distorções, silêncios e preconceitos.

---

<sup>41</sup>WALKER, Lenore. The cycle of violence. In: *The battered woman*. Tradução e resumo Casa de Cultura da Mulher Negra. Violência contra a mulher e saúde: um olhar da mulher negra. São Paulo, 2004, p. 9.

<sup>42</sup>Nessa fase de duração indefinida, podem ocorrer agressões verbais, crises de ciúmes, ameaças, destruição de objetos etc. Aí a mulher geralmente tenta acalmar seu agressor, mostrando-se dócil, prestativa, acreditando que pode fazer algo para impedir que a raiva dele se torne maior, pensando que pode evitar a explosão, tentando justificar a conduta do parceiro “... talvez ele esteja mesmo cansado ou bebendo demais” ou se culpabilizando pela conduta agressiva do parceiro.

<sup>43</sup>Nesta fase de reconciliação, o agressor pode demonstrar remorso e prometer amor eterno, implorar por perdão, presentear a parceira e confessar sua culpa e sua paixão, jurando que jamais voltará a agir de forma violenta.

## 5. SUPERANDO DESAFIOS NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA

Todos os direitos para todos, é, sem dúvida, a maior expressão das Declarações de Direitos Humanos. A garantia desses direitos, entretanto, está longe de ser alcançada. A defesa dos direitos humanos é uma tarefa interminável, porque a cada dia “o respeito aos direitos humanos é algo que se constrói”.<sup>44</sup>

Sem dúvida, um longo caminho já foi percorrido, mas se desenha no horizonte um longo caminho a percorrer, com múltiplos desafios. Nunca é demais enfatizar a distância entre o que está previsto nas normativas internacional e nacional e a realidade e como é difícil a concretização dos direitos à não discriminação; superar a dificuldade e instabilidade das mulheres, em situação de violência para denunciar e manter a denúncia; a falta de apoio efetivo para as mulheres em situações de violência, no âmbito privado e público; a incompreensão e a resistência dos agentes sociais responsáveis pelos atendimentos e encaminhamentos; a falta de programa de atendimento ao homem autor da agressão, que retorna a esta prática, mesmo que em outra família, ocorrendo elevados índices de reincidência específica.

Outro desafio refere-se à necessidade urgente de medidas prevenção à violência contra a mulher, compreendendo múltiplas ações educativas e culturais que interfiram nos padrões sexistas (pois as mudanças de posturas quanto aos direitos humanos das mulheres não são consequência automática da sociedade democrática). Além disso, são necessárias políticas públicas mais consistentes em assistência social e saúde, visando à proteção à vítima e à família.

Nesse passo, urge ainda sensibilizar todos agentes públicos que intervêm nesta seara, inclusive do Judiciário e do Ministério Público, compreendendo também ações de responsabilização do autor da agressão, com as necessárias medidas socioterapêuticas de ressocialização, de modo que se possa amarrar bem os elos dessa rede, para que as intervenções não sejam apenas pontuais.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendemos que o patriarcado representa uma das raízes da violência contra a mulher. No entanto, o discurso vitimista não só limita como também não oferece uma alternativa suficiente posto que a mulher, não raras vezes, contribui para sua própria vitimização – por força dos mitos culturais –, e não

---

<sup>44</sup> Nesse sentido: LOCHE, A. Adriana; FERREIRA, R. S. Helder; SOUZA, Antônio F. Luís; IZUMINO, Pasinato Wânia. *Sociologia jurídica: Estudos de sociologia, direito e sociedade*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 89-90.

consegue sair dessa situação, se não tiver apoio. Nas relações conjugais, a violência de gênero necessita de ações públicas que ultrapassem a cultura de que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Além disso, ainda persistem compreensões limitadas na conceituação “das violências”: que tipos de comportamentos cada um dos parceiros nomeia como “violência”? O que os “outros” entendem como “violência”? Qual é o seu limite em uma relação familiar?

Acreditamos que as relações entre homens e mulheres *não* são inscritas na natureza e, portanto, são passíveis de transformação. Para isso, necessário trabalhar competências e habilidades de comunicação, trabalhar protagonismo social da mulher, ressaltando sempre que a violência contra a mulher é violência contra a família, de modo transgeracional. Assim, as intervenções do estado precisam ir muito além da responsabilização criminal do autor, enfatizando-se o exercício da cidadania das mulheres, as possibilidades de acesso à rede de serviços e à Justiça.

Todas as discussões em face do tema perpassam pela necessidade do emprego de esforço conjunto e engajado de vários atores sociais; especialmente da família, da sociedade e do poder público – trabalho em rede efetivamente. Todos, indistintamente, precisam dar parcela significativa de vontade e de trabalho dedicado, a fim de contribuir efetivamente com a proteção à dignidade da mulher, direito à integridade física, moral, psicológica e sexual que está sendo cotidianamente vilipendiado.<sup>45</sup>

Por último, trazemos à reflexão o poema de Brecht, “Nada é impossível de mudar”, pois retrata bem esta caminhada:

Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo.  
E examinai, sobretudo, o que parece habitual.  
Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural,  
pois em tempo de desordem sangrenta,  
de confusão organizada,  
de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada,  
nada deve parecer natural  
nada deve parecer impossível de mudar (Bertold Brecht)

---

<sup>45</sup>Nesse sentido: PESSOA, Adélia Moreira *et al.* Violência contra a mulher: da norma à realidade – um desafio permanente. *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*. Aracaju, v. XIX, n. 23, p.315-336, 2009.

## REFERÊNCIAS

ALCORÃO. Trad. Mansour Challita. Rio de Janeiro: Associação Cultural Internacional Gibran.[sd]; 4.34.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos humanos e não violência*. São Paulo: Atlas, 2001

ALVES, Branca Moreira; PITANGUI, Jacqueline. *O que é o feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

ARDAILLON, Daniele; DEBERT, Guita G. *Quando a vítima é mulher: Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio*. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher/Ministério da Justiça, 1987.

AZEVEDO, Maria Amélia. *Mulheres espancadas: a violência denunciada*. São Paulo: Cortez, 1985.

BÍBLIA SAGRADA. Velho Testamento. Gênesis, 3.16.

BÍBLIA SAGRADA. Novo Testamento. Epístolas de São Paulo, 2:11 a 14.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

CHAUÍ, Marilena. Participando do Debate sobre Mulher e Violência. In: FRANCHETTO, Bruna; CAVALCANTI, Maria Laura V. C.; HEILBORN, Maria Luiza (Org.). *Perspectivas antropológicas da mulher 4*. São Paulo, Zahar, 1985.

COSTA, Ana Alice; SARDENBERG, Cecília Maria B. Teoria e práxis feministas na academia: os núcleos de estudos sobre a mulher nas universidades brasileiras. *Estudos Feministas*, v. 2 (Número Especial), p. 387-407, 1994.

DINIZ, Glaucia R. S.; ANGELIM, Fabio P. Violência doméstica – porque é tão difícil lidar com ela? *Revista de Psicologia da UNESP*, n. 2, p. 20-35, 2003.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

IKAWA, Daniela. Mulheres e direitos humanos. In: CRUZ, Maria Helena Santana; ALVES, Amy Adelina Coutinho de Faria (Org.). *Feminismo, desenvolvimento e direitos humanos*. Aracaju: REDOR, NEPING / UFS/ FAP-SE, 2005.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. São Paulo: Annablume/FAPESP, 1998.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça para todos: os juizados especiais criminais e a violência de gênero*. Tese de Doutorado. Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

LECLERC, Annie. *Palavra de mulher*. Trad. Maria Luiza Cesar. São Paulo: Brasiliense, 1982.

LIMA, J.B. de Souza. *As mais antigas normas de direito*. Rio de Janeiro: Valença, 1980.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *RBDF*, ano VI, n. 24, jun./jul. 2004.

LOCHE, A. Adriana; FERREIRA, R. S. Helder; SOUZA, Antônio F. Luís; IZUMINO, Pasinato Wânia. *Sociologia jurídica: Estudos de sociologia, direito e sociedade*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PESSOA, Adélia Moreira. Direitos humanos e família: da teoria à prática. In: Família e dignidade humana. *Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PESSOA, Adélia Moreira et al. Violência contra a mulher: da norma à realidade – um desafio permanente. *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*. Aracaju, v. XIX, n. 23, p. 315-336, 2009.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROUSSEAU, Jean- Jacques. Emile ou De L' Education. In: ROSA, Maria da Glória de. *A história da educação através dos textos*. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1976.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *A mulher na sociedade de classes: mito e realidade*. Petrópolis: Vozes, 1976.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth I. B.; ALMEIDA, Suely de Souza. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *Revista E.I.A.L. Estudos Interdisciplinares de América Latina y el Caribe*, v. 16, n. 1, 2005.

SCOTT, Joan W. Gender. A Useful Category of Historical Analysis. In: *Gender and the Politics of History*. New York: Columbia University, 1988.

SCOTT, Joan W. Gender. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

SCOTT, Joan W. Gender. Gênero: uma categoria de análise histórica. *Educação & Realidade*. Porto Alegre, v.16, n.2, p. 5-22, jul./dez. 1990.

SCOTT, Joan W. Gender. Prefácio a Gender and Politics of History. *Cadernos Pagu*, n. 3, p.11-27, 1994.

SMIGAY, Karin Ellen Von. *Relações violentas no espaço da intimidade: drama privado ou tragédia pública?* Tese de Doutorado em Psicologia Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

WASELFSZ, Julio Jacobo (Coord.). *Mapa da violência 2012*. Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos (CEBELA)/ Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO)-Brasil.

WALKER, L. *Dynamics of Domestic Violence – The Cycle of Violence*. Retrieved, October 23, 2002.

WALKER, Lenore. The cycle of violence. In: *The battered woman*. Tradução e resumo Casa de Cultura da Mulher Negra. Violência contra a mulher e saúde: um olhar da mulher negra. São Paulo, 2004.

# UMA VELHA QUESTÃO NOVA: A UNIÃO ESTÁVEL E O MATRIMÔNIO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Joyceane Bezerra de Menezes

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, da Universidade de Fortaleza – Unifor. Professora da Universidade Federal do Ceará

Agradeço à Diretoria do IBFAM pelo honroso convite a mim dirigido para compor o quadro de palestrantes do IX Congresso Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família: Pluralidade e Felicidade, participando deste painel em conjunto com o Professor Doutor Carlos Pianovski Ruzyk. Coube a mim, analisar o fundamento das uniões factuais e matrimoniais entre pessoas do mesmo sexo à luz dos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da liberdade.

A união homoafetiva parece não mais apresentar problemas quanto aos seus efeitos jurídicos. No Direito brasileiro, é admissível a união estável entre pessoas do mesmo sexo e o próprio casamento. Para os estudiosos do Direito das Famílias, a matéria já se apresenta como uma questão velha! “Resolvida”. Contudo, sob os olhos dos diversos atores sociais, a união entre pessoas do mesmo sexo ainda encontra resistências. Até mesmo os juristas mais conservadores admitem a necessidade de se atribuírem efeitos jurídicos à união, ainda que resistam em permitir a possibilidade do casamento.

Não há lei específica sobre a matéria. O direito do público homossexual à constituição de família foi conquistado em sede jurisprudencial. Há mais de vinte anos essa questão vem sendo apreciada pelos tribunais brasileiros, resultando em decisões que ora reconheceram, ora negaram efeitos jurídicos a essas uniões. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu pela validade constitucional da interpretação que estende os efeitos da união estável aos conviventes do mesmo sexo. Quando chamado a examinar a constitucionalidade do art. 1.723, do Código Civil, reconheceu a possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, na ADIN nº 4.277.

No caso em apreço, a Procuradoria Geral da República – PGR questionou a constitucionalidade do art. 1.723<sup>1</sup> do Código Civil, pugnando

---

<sup>1</sup>Artigo 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de



por uma interpretação que considerasse meramente exemplificativa a expressão “entre homem e mulher”, sob pena de, entendimento contrário, malferir os princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa homossexual.

Como a expressão contida no art. 1.723 do Código Civil reproduz o texto do § 3º do art. 226<sup>2</sup> da Constituição, que trata da união estável, parecia difícil falar em uma possível inconstitucionalidade do dispositivo da lei civil.<sup>3</sup> De outro lado, uma interpretação do citado artigo da Constituição sem a devida adequação aos princípios constitucionais mencionados, seria prejudicial à unidade do sistema.

Assim, ao STF restaria as seguintes possibilidades de julgamento:

- a) declarar a inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil por desobediência aos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da dignidade;
- b) declarar a constitucionalidade do art. 1.723, em razão de sua identificação textual com o art. 226 § 3º da Constituição ou, por fim,
- c) declarar a constitucionalidade do art. 1.723, desde que interpretado em conformidade<sup>4</sup> com os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, buscando-se a chamada adequação valorativa.

A decidir pela inconstitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil, o STF também estaria declarando a inconstitucionalidade do art. 226 § 3º, já que a expressão “homem e mulher”, usada como requisito para a caracterização da união estável, reside em ambos os dispositivos. Uma decisão desse jaez admitiria a tese da existência de normas constitucionais inconstitucionais<sup>5</sup>, sacrificando o princípio da unidade da Constituição. Ademais, a opção por essa alternativa denotaria a preferência pela análise do Direito como um sistema lógico-formal e não como um sistema jurídico axiológico.

Por outro lado, caso o Supremo decidisse pela constitucionalidade do artigo questionado, em razão de sua identificação com o art. 226 § 3º, da

---

família.”

<sup>2</sup>Artigo 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.[...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

<sup>3</sup>Não cabe analisar nesse texto a eventual possibilidade de Declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, por ser tal análise desnecessária aos argumentos que serão expostos.

<sup>4</sup>Realizou o Supremo interpretação conforme à Constituição. Explica Bonavides sobre interpretação conforme a constituição: “Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem, tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.518.

<sup>5</sup>Segundo BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel. M Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, é possível que uma norma constitucional elaborada pelo poder constituinte originário seja inconstitucional. O autor diferencia s normas constitucionais de significado secundário, meramente formal, de normas “grau superior”, as quais tratam de preceitos materiais fundamentais para a Constituição. Seria possível, então, que as normas inferiores que contrariassem as superiores fossem declaradas inconstitucionais ou não vinculativas.

Lei Fundamental, estaria retirando a eficácia dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa e mitigando as possibilidades de autodeterminação do sujeito.

No intuito de preservar a unidade da Constituição e, conseqüentemente, de assegurar a unidade e adequação do sistema jurídico, coube ao STF considerar a locução “homem e mulher” apenas exemplificativa. Fez isso honrando a eficácia interpretativa do princípio e ainda realizando a adequação valorativa do sistema. Vide o argumento do voto principal:

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênua de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade. (Grifos nossos).

O princípio unidade da Constituição parte da premissa de que o texto constitucional não impõe uma hierarquia entre suas próprias normas. Sendo assim, em caso de confronto normativo é necessário compatibilizar os dispositivos conflitantes do sistema, buscando assegurar a unidade da Constituição e não apenas uma aplicação de preceitos isolados.<sup>6</sup> Os postulados unidade e adequação do sistema jurídico teleológico são as balizas ético-jurídicas aplicáveis para a solução dessas contradições:

Como não identificou um critério discriminatório constitucionalmente válido para atribuir tratamento diferenciado às uniões heterossexuais em detrimento das uniões homossexuais, o STF sustentou a orientação sexual como parte do autodesenvolvimento da personalidade, um direito fundamental que, embora não seja expressamente previsto na Constituição, como ocorre na Lei Fundamental de Bohn, decorre da cláusula geral

---

<sup>6</sup>TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.263.

de tutela da pessoa – esta sim, presente na ordem civil-constitucional pela articulação dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade.

Na apreciação da matéria pela lente do Direito Civil, o STF acolheu como referencial teórico as ideias dos Professores Luiz Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e Gustavo Tepedino.

Quanto à modulação dos efeitos da decisão, o STF decidiu que seriam *erga omnes* e vinculante.

Na sequência, apreciando um Recurso Especial originário do Rio Grande do Sul (RE nº 1.183.378 – RS), o Superior Tribunal de Justiça – STJ reconheceu a possibilidade da conversão de uma união homoafetiva em casamento. A decisão do STJ não poderia ser outra, na medida em que haveria de respeitar o efeito vinculante e *erga omnes* atribuído ao julgamento da Adin nº 4277, pelo STF. Até mesmo o Prof. Lenio Streck, que havia criticado com veemência a decisão do STF, quando do reconhecimento da união estável homoafetiva, justificou a coerência da decisão do STJ nesse recurso especial.

Após as decisões citadas, a reação dos oficiais de Registro no Brasil não foi unânime. Alguns aceitavam os pedidos de habilitação para o casamento formulados por pessoas do mesmo sexo, enquanto outros se negavam a fazê-lo, alegando a falta de uma lei específica. Argumentavam que apenas a decisão do STF na referida ADIN nº 4.277 tinha efeito *erga omnes* e vinculante e não a decisão do STJ. Inobstante, na medida em que se reconhecia a união estável, já não se poderia negar a possibilidade de sua conversão em casamento.

Para uniformizar a conduta dos oficiais de Registro, o Conselho Nacional de Justiça, fazendo uso da competência que lhe é atribuída pelo art. 103-B, da Constituição Federal de 1988, e, considerando a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão do STF, editou a Resolução nº 175, para determinar a obrigatoriedade dos cartórios em proceder à habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, sob pena das providências cabíveis pela corregedoria dos tribunais.

A reação do Legislativo não foi muito amistosa. Com recorrência, se houve o brado dos segmentos mais conservadores, representados especialmente pela chamada bancada evangélica, cujo interesse é o de reverter os efeitos da decisão do STF.

Neste sentido, duas propostas foram aprovadas pela Comissão de Direitos Humanos: a primeira, originária do deputado André Zacharow (PMDB-PR) e relatada por Marcos Rogério (PDT-RO), visa a convocação de um plebiscito para que a população brasileira decida a respeito da união civil de pessoas do mesmo sexo. A segunda proposta, na mesma linha, de autoria de Arolde de Oliveira (PSD-RJ) e relatada por Pastor Eurico (PSB-PE), quer sustar por decreto legislativo a já citada resolução nº 175 do Conselho

Nacional de Justiça (CNJ). As duas propostas seguiram para as outras comissões e ao plenário.

Ação Direta de Inconstitucionalidade protocolada pelo Partido Social Cristão questiona a constitucionalidade da Resolução nº 175, alegando violação ao princípio constitucional de reserva de competência. Esses argumentos não foram opostos à Resolução nº 35 do mesmo CNJ, que dispôs sobre a padronização das escrituras públicas de divórcio e de partilha.

Interessante é que, enquanto no Brasil, o debate sobre o matrimônio igualitário ganhou maior destaque na doutrina e na jurisprudência, sem maior atenção do Legislativo, outros países como Bélgica, Canadá, Espanha, África do Sul, Noruega, Holanda, Dinamarca, Suécia, México, Islândia, Portugal, Nova Zelândia, Argentina e Uruguai passavam a reconhecer, por meio de lei, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. E, nos EUA, a despeito do casamento *gay* ser aceito apenas em alguns estados, decisão recente da Suprema Corte americana declarou a inconstitucionalidade da lei de defesa do casamento (DOMA – Defense of Marriage Act), que negava os benefícios fiscais aos parceiros homossexuais, ancorando-se no princípio da igualdade. Até o rei do Camboja, Norodom Sihanouk, declarou que o casamento entre casais homossexuais deveria ser consentido em seu país.

O Brasil vive um movimento paradigmático em relação aos direitos humanos da população de transexuais, travestis, lésbicas, bissexuais e *gays* – LGBT. Ao tempo em que se registram conquistas de muitos direitos e aprofunda-se o debate público sobre a pluralidade das identidades, inclusive, na seara sexual, assiste-se à aterradora reação de parte da população em perpetuar o alijamento dos sujeitos homossexuais e de seus afetos.

O relatório de 2012 sobre a homofobia no Brasil, produzido pela Secretaria de Direitos Humanos, trouxe estatísticas pessimistas quanto ao respeito da pessoa dos homossexuais. Foram registradas 3.084 (três mil e oitenta e quatro) denúncias de 9.982 (nove mil, novecentos e oitenta e duas) violações relacionadas à população LGBT. Comparativamente com o ano de 2011, houve um aumento de 166% (cento e sessenta e seis por cento) nas denúncias. A maioria das violações constituiu violência física (cerca de 60%). Somente em 2012, registraram-se 314 (trezentos e quatorze) homicídios praticados por motivo de ódio homofóbico.

*Grosso modo*, a resistência do Poder Legislativo aos direitos dos homossexuais, que também se verifica no meio social, é firmada num só ponto – o preconceito. Arraigados numa compreensão de família delineada historicamente por matizes de ordem religiosa, não conseguem vislumbrar a liberdade de composição do arranjo familiar.

Em vista desse cenário social ainda marcado pelo desrespeito à pessoa do homossexual, é temerário esperar o reconhecimento do seu direito à constituição de família por meio de uma decisão originária da maioria da

população. A depender do Poder Legislativo brasileiro, um grupo de 60.000 (sessenta mil casais) casais que se autoidentificaram como homossexuais no último senso do IBGE, sem considerar aqueles que preferiram ocultar sua identidade sexual, estariam alijados do direito à constituição de família por meio do casamento ou da união estável.

Qual seria o impedimento constitucionalmente válido para negar tal direito às pessoas homossexuais?

A restrição à liberdade dessas pessoas não acha justificção racional no sistema constitucional brasileiro. Quando muito, a exclusão da proteção jurídica dos casais homossexuais acha fundamento na moralidade de alguns grupos particulares, ainda que majoritários. Sobre isso, a decisão do STF tem o mérito de garantir uma igualdade antissubordinatória do grupo minoritário em face da maioria heterossexual.

Tanto os propositores das duas ações que se condensaram na ADIN nº 4.277, quanto o próprio STF seguiram a compreensão de que as uniões homoafetivas são um fato da vida social que diz respeito à identidade e à liberdade de pessoas que merecem tratamento igualitário e respeitoso. O Estado laico não pode se apegar à tese religiosa de que a homossexualidade é um pecado e, que por isso, deve ser rechaçada. Tampouco pode sustentar a homossexualidade como uma anomalia, pois desde 1973, a concepção patológica da homossexualidade foi abolida pela Associação Americana de Psiquiatria. Em 1994, a OMS excluiu a homossexualidade do Código Internacional de Doenças. No plano científico, portanto, a orientação sexual homossexual é compatível com os parâmetros da saúde física e mental.

Não há dúvidas de que a eleição da pessoa com quem se quer viver pertença ao âmbito das escolhas básicas e privadíssimas do indivíduo, seja o parceiro do mesmo sexo ou não. Isso envolve etapas da própria construção da identidade do sujeito. Trata-se de uma prerrogativa decorrente do desenvolvimento livre de sua personalidade, pressuposto do direito à busca da felicidade.

Ademais concepção da família já não se inscreve a partir da dogmática judaico-cristã. A religião perdeu a hegemonia na conceituação e organização da família. Na modernidade reflexiva, o substrato material da família é o afeto e a sua função é a promoção da pessoa rumo ao seu desenvolvimento e à busca de sua felicidade.

Mas o que é afeto? O que é felicidade? Poderia o Direito se imiscuir na subjetividade dos sentimentos, perguntam alguns?

Santo Tomaz já dizia que o amor é a inclinação geral e virtuosa dos homens para viver em sociedade (*affectio societatis*). E que a amizade seria uma modalidade de amor mais específica, capaz de expressar diversos tipos de vínculos intersubjetivos, como a amizade entre os cônjuges, entre pais e

filhos, entre colegas de trabalho etc.<sup>7</sup> Cada uma seguiria sua própria razão de ser, seguindo a perspectiva essencialista de Santo Tomaz.

Antonio Junqueira de Azevedo, em artigo intitulado a *Caracterização da dignidade da pessoa humana*, publicado na Revista USP, março/maio de 2002, rompe com a tradição de distinguir a pessoa dos demais animais pelo atributo da autonomia. A esse respeito, os primatólogos identificaram que entre os grandes primatas se pode verificar algum nível de autonomia e autoconsciência. Por esta razão, o Prof. Junqueira propõe a singularização da pessoa a partir de sua capacidade de amar e de reconhecer no próximo alguém semelhante a si. Ousa-se a dizer, que o amor é aqui empregado naquela perspectiva tomista.

Da orientação tomista, poderíamos aproveitar a explicação do vínculo intersubjetivo entre os cônjuges, por exemplo, pelo afeto e, com isso acalmar os críticos mais conservadores que implicam tanto com o uso desse termo pela doutrina do Direito das Famílias. O afeto aqui empregado está correlacionado mais à ideia de solidariedade, alteridade e cuidado recíproco, ainda que isso venha a expressar um sentimento de bem querer. Dizer que o substrato da família é o afeto, não é, portanto, novidade e tampouco é uma ideia estranha aos domínios do Direito.

Por outro lado, desconsidera-se, para os efeitos jurídicos, a perspectiva essencialista e religiosa que cercou a família por tantos anos e que ainda continua presente no imaginário social.

Na explicação de Giddens,<sup>8</sup> a sociedade atual se desliga da tradição e passa a se estabelecer a partir da interação das forças políticas sociais e econômicas. É ela, a sociedade, que produz seus próprios fundamentos.

Os fundamentos da família na chamada sociedade democrática está no afeto e na função promocional de seus membros. Como um grupo pequeno, no interior de uma república democrática, também está sujeita aos princípios constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, não se poderia negar os efeitos jurídicos ao arranjo familiar formado por pessoas do mesmo sexo, sob a alegativa de que a família se restringe aos arranjos heterossexuais.

Se houve omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a matéria, houve uma desatenção ao Direito Geral de Liberdade e ao direito à igualdade. E essa omissão não se justificou na irrelevância da matéria, tampouco na falta de tempo para decidir sobre a questão (o primeiro projeto de lei sobre o tema, foi apresentado em 1995 pela deputada federal Marta Suplicy). É mais provável que a omissão seja reflexo da resistência e do preconceito da maioria heterossexual.

---

<sup>7</sup>HESPANHA, Antonio Manuel. *A política perdida*. Ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>8</sup>GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da UNESP, 1997, p. 73-134.

O STF decidiu a ADI nº 4.277 no uso de suas atribuições constitucionais e sem incorrer no chamado ativismo judicial. Seguiu uma hermenêutica constitucional evolutiva, na qual a relevância maior não é a *occasio legis* e sim a *ratio legis*. O fundamento racional da norma permite que a ela seja atribuído novo significado mesmo quando inalterada a sua estrutura formal.<sup>9</sup> É aqui que ressalta aquela tarefa do aplicador do Direito em buscar a ideologia e os fins da Constituição.

Considerando, portanto, a interpretação que entende ser o sistema jurídico eminentemente axiológico e não meramente lógico-formal, a Constituição que prevê os direitos individuais como cláusulas pétreas, há que se afastar a interpretação meramente histórica do art. 226 (e isolada dos demais princípios constitucionais). Então, é cabível compreender-se a locução “homem e mulher” aposta nos dispositivos referidos, como meramente exemplificativa, em favor de uma hermenêutica apta a proteger o conjunto de direitos individuais, mesmo diante dos apelos argumentativos da democracia majoritária. Ao Supremo coube realizar uma interpretação eficaz da Constituição, como um todo,<sup>10</sup> reconhecendo que alguns direitos constitucionais se destinam justamente a impedir que as convicções da maioria neguem a aplicação da justiça à minoria.

A despeito da crítica que alega o suposto déficit democrático do Poder Judiciário para proferir decisões como a que se analisa, atribuindo-se-lhes eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nem sempre será o Legislativo, composto pelos representantes da maioria, o poder capaz de realizar a democracia. Se assim o fosse, a tutela dos direitos das minorias poderia quedar prejudicada. Na explicação de Dworkin<sup>11</sup>,

Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são bem menos vulneráveis nesse sentido.

Em razão da heterogeneidade, complexidade e pluralidade das sociedades contemporâneas, que invariavelmente conduzem-nas ao dissenso, a teoria da democracia deliberativa propõe a máxima “igualdade material” para permitir melhores condições de participação nos processos deliberativos, considerando as vozes da maioria e minoria. Nesse contexto, os direitos fundamentais representam pressupostos importantes que permitem

---

<sup>9</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.452.

<sup>10</sup>DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. p. 450

<sup>11</sup>DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. p.449.

reconhecer a autonomia privada do sujeito, sua participação, em igualdade de chances, no processo de discussão e formação da vontade política e, por fim, os direitos à vida digna indispensável à realização de todos os direitos.<sup>12</sup> Assim, se no processo dialógico a voz majoritária obnubilar os direitos fundamentais, o Judiciário poderá restabelecer a igualdade a partir do controle da constitucionalidade.<sup>13</sup>

Caberia a jurisdição constitucional a tarefa de efetivar esses valores constitucionais e resguardar a esfera de intangibilidade dos direitos fundamentais, até mesmo contra as investidas eventuais da maioria.<sup>14</sup> Como guardião da unidade da Constituição, o STF, por via de consequência, além da legitimidade democrática, tem o dever constitucional de concretizar a igualdade material, pressuposto fundamental da própria justiça.

Chamo essa discussão de *velha* questão nova porque o pano de fundo que motiva a resistência à concretização desses direitos é o mesmo que outrora resistiu contra a abolição da escravidão, o voto da mulher, o divórcio, o reconhecimento da união estável (mesmo entre homem e mulher) – o preconceito e a aversão à diferença.

Agradeço a paciência e atenção de todos.

---

<sup>12</sup>HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Sieneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.II. p. 190.

<sup>13</sup>FREEMANN, Samuel. Democracia e controle jurídico da constitucionalidade. *Lua Nova*, nº.32, ano.1994. p.181-199.

<sup>14</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.1-74.





# OS FRUTOS CIVIS NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Thiago Felipe Vargas Simões

Advogado.  
Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC/SP.  
Presidente do IBDFAM/ES – biênio 2014/2015.

Com o fenômeno da *despatrimonialização* (ou *personalização*) do Direito Civil aliado à incidência dos comandos constitucionais às mais diversas relações privadas, bem como à prevalência da pessoa humana em relação ao patrimônio, indiscutível é o fato de que todo agrupamento de pessoas acarreta, direta ou indiretamente, em aquisição de patrimônio.

O surgimento de patrimônio que integra a unidade da família não é mais uma das finalidades primordiais da constituição de uma família, senão a consequência do agrupamento de pessoas unidas por sentimentos recíprocos e pelo objetivo maior de estabelecer *comunhão plena de vida*, sendo garantido o exercício da autonomia privada no que diz respeito à eleição do tipo familiar a ser iniciado.

A fixação de vida comum, a partir da instituição de um ambiente familiar, irradia efeitos não apenas sobre as condutas humanas, mas também sobre aquelas de natureza patrimonial, uma vez que nem só de afeto, preservação e respeito à dignidade e à solidariedade compõe-se a família. A cláusula geral da *comunhão plena de vida* impõe caráter indivisível aos desdobramentos emocionais e materiais da família.

O Código Civil não se descuidou de lhe destinar tratamento jurídico em seu Livro IV – destinado à família – estabelecendo, em título próprio (*Título II – Do Direito Patrimonial*), os aspectos patrimoniais típicos que são atinentes àqueles envolvidos pela família, independentemente de sua forma de instituição.

Por certo que a necessidade de se manter, em título prévio, as conotações pessoais da família impulsiona o entendimento segundo o qual, cada um dos ramos integrantes da dicotomia de relações jurídicas, que derivam deste agrupamento de pessoas, são amplamente superiores aos puramente patrimoniais e, sendo assim, cada qual deve ser tratado juridicamente de acordo com suas peculiaridades.

Ao revés do que ocorre com as relações pessoais da família, a faceta patrimonial da família tem suas normas predominantemente pautadas

pelo critério da *disponibilidade*, de onde se extrai a possibilidade de um maior exercício da autonomia privada entre os cônjuges, conviventes e monoparentes.

Justifica-se a manutenção de tal desdobramento de relações familiares pelo reconhecimento constitucional da imperiosa necessidade de manutenção e promoção da dignidade humana, sendo o patrimônio o acervo necessário para se concretizar a existência das pessoas, representado na assunção solidária de encargos, visando o sustento do lar da família e, conseqüentemente, com as despesas decorrentes. Isso só é possível pela mudança do paradigma da *família-instituição* para a *família-instrumento*, em que prepondera a promoção das pessoas que a compõe.

A preponderância de ideais humanistas em nosso ordenamento jurídico impôs uma releitura dos institutos jurídicos mais basilares da codificação anterior, albergada na estrutura patrimonialista da sociedade brasileira daquela época. O fundamento republicano da dignidade humana (art. 1.º, III da Constituição Federal de 1988) é protagonista deste novo pensamento.

Quanto ao campo de relações patrimoniais, pode-se dizer que estas foram deslocadas para um plano inferior de importância. Não que isso implique afirmar que as relações patrimoniais sejam irrelevantes após o fenômeno da personalização das relações civis, mas tão somente foi deslocada para um cenário distante, no qual se reconhece sua importância jurídica e, por este motivo, enseja a tratamento legal dos regimes de bens da família.

Assim sendo, a constituição de um núcleo familiar, a partir do casamento, estabelece comunhão plena de vida entre os cônjuges, que se reveste de caráter indivisível e indissociável dos aspectos emocionais e econômicos.

Com isso, o legislador civil fez constar, no texto codificado, quatro padrões de disposições patrimoniais a serem aplicados aos cônjuges, assegurando-lhes a liberdade de escolha na forma e limites estabelecidos pela lei, excetuando-se a imposição do regime de separação de bens nos termos de seu artigo 1.641. Restringimo-nos ao regime da comunhão parcial de bens.

Em apertadas linhas, o regime de comunhão parcial de bens representa uma união limitada dos bens do casal, formando-se, assim, três grupos de acervo de bens, a saber: a) os do esposo; b) os da esposa; c) os do casal.

Desta feita, após a convolação das núpcias, o casal terá partilhado, igualmente, o patrimônio adquirido onerosa ou eventualmente durante sua vigência, ficando excluídos da comunhão aqueles bens cuja aquisição, a qualquer título, deu-se em momento anterior ao casamento, ou os que gratuitamente passaram a integrar a massa patrimonial de um dos cônjuges no curso do matrimônio.

Nosso Código Civil é enfático ao dispor, em seus artigos 1.659 e 1.660, os bens que estão excluídos ou vinculados, respectivamente, à divisão de bens do casal quando do fim da relação conjugal. Com isso, pode-se afirmar que o regime da comunhão parcial de bens traz ao mundo fático-jurídico, uma cindibilidade no aspecto temporal da aplicação da Lei, no que diz respeito às regras que incidirão nas massas patrimoniais dos cônjuges.

Dentro das regras trazidas nesta relação patrimonial de bens, consta no artigo 1.660, V, do *Codex*, que será objeto de comunhão “os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão”.

Numa sucinta conceitual, pode-se afirmar que os frutos são bens acessórios que decorrem de um bem principal, tendo ali uma relação de vinculação, sendo considerados como *civis* todos aqueles que decorrem de uma relação jurídica.

Desta feita, a partir da regra da comunicabilidade dos frutos civis no dispositivo codificado em questão, três pontos se destacam: a) os chamados frutos civis empresariais; b) os frutos civis negociais; c) frutos civis pessoais.

No que diz respeito aos frutos civis empresariais, há de se estabelecer uma diferença entre *rendimento* e *valorização*. Enquanto o primeiro pode ser definido como uma remuneração do capital investido (por exemplo: aplicações em poupança),<sup>1</sup> a segunda não pode ser considerada como frutos para fins de partilha de bens. Tal fato se deve porque o cônjuge/convivente investidor adquire determinada quantidade de ações que podem vir a sofrer variações de preço, sem que isso implique em alteração da quantidade investida.

No caso dos rendimentos, é correto afirmar se tratar de remuneração de capital e, portanto, fruto da aplicação financeira que deverá ser dividida entre os cônjuges/conviventes se percebidos na constância do projeto de vida comum, sendo a aplicação anterior ou não ao casamento ou união familiar estável.

Quanto à valorização, esta será auferida no momento da partilha, onde se avaliará a quantidade de ações adquiridas antes do casamento, se não houver aumento no número de ações na constância da vida comum não se fala em comunhão, independente da valorização que obtiveram.

Este raciocínio não se aplica aos dividendos e bônus distribuídos pelas sociedades anônimas, uma vez que, caso recebidos durante a vida a dois, integrarão o acervo do casal e, portanto, serão partilhados. De igual sorte, nos posicionamos no sentido de que as ações adquiridas pela reaplicação dos dividendos também devem ser divididas entre os cônjuges, ainda que tenham origem em aplicação anterior ao casamento, pois nesse caso não houve sub-

---

<sup>1</sup>Neste sentido: TJRS; AC 70031757214; Porto Alegre; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda; Julg. 01/10/2009; *DJERS* 09/10/2009; p. 48.

rogação, mas, tão somente, aquisição de novas ações com os frutos das ações anteriores.

Ainda nesta primeira questão envolvendo a temática dos frutos no Direito Empresarial, temos que mencionar a possibilidade de ocorrer fracionamento de ações, situação bastante comum quando se afigura fusão de sociedades.

Quando do ajuste da operação, podem os controladores optar pelo fracionamento das ações, o que acaba por multiplicar o numerário do investidor. Assim, como hipoteticamente, não foram gerados frutos e não houve aquisição a título oneroso de novas ações, inexistente direito a partilha do cônjuge/convivente. Obviamente, é preciso ressaltar que estas situações devem ser tratadas casuisticamente, dando a cada uma das situações a devida interpretação ante a existência de inúmeras operações financeiras específicas, que podem ou não gerar frutos partilháveis.

Já no campo dos frutos civis negociais, questão rotineira na doutrina e jurisprudência diz respeito, *v.g.*, aos valores referentes aos aluguéis do único imóvel do casal, no qual apenas um dos cônjuges fica com a posse do bem.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup> já afirmou que “[...]2. É possível o arbitramento de aluguel, bem como o ressarcimento pelo uso exclusivo de bem integrante do patrimônio comum do casal, apenas nas hipóteses em que, decretada a separação ou o divórcio e efetuada a partilha, um dos cônjuges permaneça residindo no imóvel [...]”.

Ponto que merece mais atenção gira em torno dos frutos civis pessoais. Aqui, trataremos a delicada questão do FGTS e das indenizações trabalhistas.

Dúvidas não pairam de que todo contrato de trabalho é relação jurídica personalíssima, sendo direito do trabalhador receber os valores que lhe são devidos pela venda de sua força de trabalho.

A doutrina trabalhista já firmou o entendimento segundo o qual o trabalhador não faz jus apenas ao seu salário, mas também a todas as verbas tidas por acessórias e decorrentes do vínculo empregatício, onde podemos falar em bem principal (salário) e bens acessórios (demais verbas decorrentes da relação de emprego).

Isso se deve ao fato de, assim como o casamento, o contrato de união estável, o pacto antenupcial e o testamento, o contrato de trabalho são atos de autonomia privada e, portanto, impõem a presença de pessoas certas e determinadas, onde estas devem observar, no ato que retrata suas vontades, os ditames mínimos previstos pelo ordenamento, a fim de que nenhuma das partes venha a ter direitos violados.

---

<sup>2</sup>STJ; EDcl-Ag 1.424.011; Proc. 2011/0164672-0; BA; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 16/09/2013; p. 2.304.

Acertadamente, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.659, VI, prevê a exclusão da regra da comunhão parcial de bens, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, ou seja: a remuneração dos cônjuges/conviventes não poderão ser objeto de partilha, sob pena de se colocar em risco não apenas a contraprestação financeira devida ao trabalhador, mas também privar-lhe de ter o mínimo necessário para a existência digna da pessoa humana.

Um dos direitos inerentes a todos os trabalhadores é o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, um direito social previsto no texto da Constituição Federal de 1988, que tem como uma de suas características mais importantes a impenhorabilidade, abrindo-se exceção apenas para os casos de pagamento de alimentos devidos, o que reforça ainda mais o seu caráter personalíssimo.

Arnaldo Süssekind,<sup>3</sup> analisando a figura jurídica do FGTS, expõe que “os depósitos que formam o Fundo pertencente ao empregado correspondem a 8% da remuneração paga ou devida pelo empregador no mês anterior, tal como conceituada pelos arts. 457 e 458 da CLT. [...]”.

Em que pese o entendimento na doutrina e na jurisprudência que pregam a comunicabilidade dos valores provenientes do FGTS, inclinamos a tratá-lo como exclusivo de quem o recebe, pois este quando pago, antes ou após o início da vida comum, só o foi feito por uma relação em que apenas um dos cônjuges/conviventes participou. Não estamos aqui falando de frutos, mas, sim, de crédito trabalhista que, mesmo percebidos no curso do casamento ou da união familiar estável, não se amoldam como vantagens, mas sim como direito!

Entendemos, portanto, que a comunicação dos valores percebidos a título de FGTS acarretariam enriquecimento sem causa, figura esta, demasiadamente combatida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça e, por via reflexa, desequilíbrio patrimonial em eventual divórcio ou fim da união familiar estável.

Excetue-se a hipótese em que este valor venha a ser levantado e aplicado em proveito da família, como bem já observou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal<sup>4</sup> ao afirmar que “[...]. Embora as verbas advindas do FGTS sejam de exclusiva titularidade do trabalhador e, por esse motivo, incomunicáveis, é possível a partilha de bem adquirido pelo casal com os recursos provenientes dessa fonte, vez que, após o saque, os valores ingressam no patrimônio do casal e a destinação será dada em proveito da família. [...]”.

No mesmo sentido, há de se estabelecer que toda e qualquer verba decorrente de indenizações trabalhistas também deve ser excluída da

<sup>3</sup>Cf. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

<sup>4</sup>TJDF; Rec 2011.07.1.026080-3; Ac. 658.831; Primeira Turma Cível; Rel<sup>3</sup> Des<sup>3</sup> Simone Lucindo; *DJDTE* 08/03/2013; p. 257.

comunhão, uma vez que possui no contrato de trabalho, sua origem. Com isso, temos que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>5</sup> acertou ao afirmar que “[...] se o casamento foi regido pelo regime da comunhão parcial de bens, descabe a partilha dos valores recebidos pelo varão em decorrência de créditos trabalhistas, pois constituem apenas frutos civis do seu trabalho. [...]”.

Importante frisar que as indenizações trabalhistas decorrem de ato que viola a integridade moral, física e psíquica do trabalhador, sendo atributos inerentes à personalidade humana e, por este motivo, situações personalíssimas.

Por este motivo, deverá o julgador ter sensibilidade de não transformar a relação familiar como ato de ganhos financeiros sob pena de se retroagir ao Direito de Família erigido no Código Beviláqua, em que o patrimônio sempre mereceu destaque em relação aos envolvidos.

Cabe, pois, a justa e devida atenção ao processo de personalização das relações privadas para que sejam partilhados apenas aquilo que efetivamente foi agregado ao patrimônio comum do casal.

---

<sup>5</sup>TJRS; AG 384205-25.2013.8.21.7000; Cachoeirinha; Sétima Câmara Cível; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Liselena Schifino Robles Ribeiro; Julg. 23/10/2013; *DJERS* 29/10/2013.

# PRÁTICAS COLABORATIVAS – UMA NECESSÁRIA MUDANÇA DE PARADIGMA NO DIREITO DE FAMÍLIA

**Fernanda Paiva**

Advogada graduada pela Universidade Cândido Mendes. Especialista nas áreas de Direito de Família e Direito das Sucessões, com LLM em Direito Empresarial pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC. Mediadora formada no curso do IBDFAM em Mediação Familiar em 2012 e membro do referido Instituto.

**Flavia Maria Rezende Nunes Oberg**

Advogada graduada em Direito pela PUC-Rio(1982) e mestrado (Master of Comparative Law) pela University of Illinois – Urbana Champaign (1986). Atuação profissional na área de Direito de Família, Sucessões e Consumidor. Membro do IBDFAM e integrante do grupo de estudos de Práticas Colaborativas do Rio de Janeiro.

**Inês Guilhon de Araújo**

Advogada formada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 1990. Pós- Graduada em Direito Civil. Especializada na área de Direito de Família e das Sucessões. Membro do IBDFAM. Mediadora e integrante do Grupo de Práticas Colaborativas do Rio de Janeiro.

**Maria Stela Palhares Passalacqua**

Advogada graduada pela PUC-Rio de Janeiro desde 1982. Especializada, na área de Direito de Família, Sucessões e Consumidor. Membro do IBDFAM e integrante do grupo de Práticas Colaborativas do Rio de Janeiro.



Médica, mestre, consultora e docente em Mediação de Conflitos e Facilitação de Diálogos. Sócia fundadora e diretora do Mediare. Integra a Comissão do Ministério da Justiça para a redação do marco legal em Mediação. Pós-graduada em neuropsiquiatria, sociologia, terapia de família e gestão empresarial. Membro fundador do grupo de estudos de Práticas Colaborativas do Rio de Janeiro.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A prática da Mediação. 2.1 Mediação na área de Direito de Família. 2.2 Mediação nas separações e nos divórcios. 3. Advocacia colaborativa. 3.1 O que é e como funciona. 3.2 A equipe. 3.2.1 O advogado colaborativo. 3.2.2 Profissionais de saúde. 3.2.3 O consultor financeiro. 4. Mudanças paradigmáticas. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito de Família sempre mereceu e continuará a merecer especial atenção dos operadores do Direito, tendo em vista suas peculiaridades e características. Ao mesmo tempo em que é regido pela legislação vigente, ele também guarda estreita proximidade com a Psicologia e áreas afins, tendo em vista a presença de sentimentos e emoções que decorrem das relações de família. Em se tratando de reorganização familiar, em muitas vezes, as questões relativas aos filhos merecem especial destaque e atenção, pois sempre se busca a preservação de seus mais elevados interesses. De maneira análoga, as questões do ex-casal devem ser tratadas de forma a separá-las daquelas relativas ao par parental. Inúmeros temas envolvendo a moradia, a reorganização financeira e a divisão patrimonial merecem especial cuidado por parte dos operadores. Não resta dúvida, portanto, que a tarefa não é fácil e exige especial cuidado por parte daqueles que se propõem a trabalhar na solução de conflitos envolvendo as relações familiares.

Em qualquer hipótese, não resta dúvida que os operadores do Direito buscam proporcionar aos envolvidos um enorme bem-estar, uma organização familiar satisfatória e a redução de demandas conflituosas. Hoje, diante da oportunidade de se trabalhar com o critério de adequação do caso ao instrumento, ao lado dos métodos tradicionais de resolução de conflitos, destacam-se a Mediação e a Advocacia Colaborativa, objetos deste breve estudo.

Desta forma, inicialmente, dar-se-á notícia acerca da prática da mediação, de suas características e importância na aplicação do Direito de Família. Em especial, estudar-se-á os aspectos positivos que a utilização

deste método não adversarial de resolução de conflitos poderá contribuir nas separações e nos divórcios e nos assuntos que lhes são afins.

Ao lado da Mediação, também se pretende, por meio deste trabalho, estudar a importância da Advocacia Colaborativa como sendo mais uma forma adequada de resolução de conflitos. Assim, estudar-se-á o seu conceito e as suas características. De forma pormenorizada, analisar-se-á o seu formato de trabalho e a função dos profissionais que integram a equipe multidisciplinar que a caracteriza.

Por derradeiro, analisar-se-á a importância da adoção de tais formas não adversariais de resolução de controvérsias nas quais se prioriza a retomada do diálogo entre os entes familiares envolvidos e a melhora na relação social, o protagonismo na tomada de decisões e o trabalho executado por meio de equipe multidisciplinar, para a solução dos conflitos familiares, de forma satisfatória para todos. Ainda, dar-se-á notícia acerca da necessária mudança de paradigmas no Direito de Família, com vistas a possibilitar a expansão de sua prática.

## 2. A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO

A Mediação de Conflitos integra o rol dos métodos consensuais de resolução de controvérsias e destaca-se de seus pares por agregar às suas tarefas o resgate da relação social entre os opositores e a manutenção do diálogo. Tais aspectos é que tornam a Mediação um instrumento adequado de eleição para as desavenças que comprometem relações continuadas no tempo, como ocorre com as relações envolvendo Direito de Família.

Aqueles que participam da Mediação não apenas administram pacificamente sua contenda e se mantêm em diálogo na convivência por vir, como apreendem outra forma de negociar diferenças em desacordos vindouros. A Mediação se apresenta como verdadeiro aprendizado para a vida e como medida de prevenção e pacificação de conflitos.

O fato de não fazer restrição a profissões de origem ou a áreas de atuação possibilitou que a Mediação se enriquecesse com aportes teóricos e técnicos de distintos saberes. A Psicologia e o Direito, a Antropologia e a Sociologia, as teorias de negociação e de comunicação, a Filosofia e o pensamento sistêmico são conhecimentos agregados ao longo do tempo a essa jovem prática de autocomposição.

Esse aporte e essa inspiração iniciais foram sabiamente tocados por outros conhecimentos, o que transformou o instituto em uma prática transdisciplinar<sup>1</sup> – aquela que já não possibilita identificar as fronteiras

---

<sup>1</sup>Ezequiem Ander-Egg (*Interdisciplinarity in Education*. Editorial Magisterio del Río de la Plata, 1994, p. 24), estabelece distinções entre multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade – uma perspectiva

entre os dessemelhantes aportes teóricos e práticos que a norteiam. É um instrumento que mapeia o conflito com enfoque multidisciplinar e o trabalha de forma a contemplar em maior proporção seu aspecto prevalente – social, legal, econômico, relacional, dentre outros. Esse é um ganho que somente recursos multidisciplinares podem oferecer.

A modernidade nos tornou especialistas em monodisciplinas e nos tirou a visão de todo.<sup>2</sup> Como consequência, no campo da resolução de conflitos, tradicionalmente passamos a oferecer aos clientes em desavença tratamentos monodisciplinares, que nem sempre atendem suas questões e dores em toda a sua amplitude.

A Mediação proporciona reunir em uma única intervenção a possibilidade de análise e de abordagem multidisciplinares, o que redobra sua efetividade e eficácia e o alcance social de seus resultados.

Em função dessa lente multifocal utilizada no trato dos conflitos,<sup>3</sup> a Mediação exige de seus praticantes capacitação teórica e prática específicas. Aqueles com conhecimentos monodisciplinares não atenderiam a proposta transversal da Mediação com relação ao tema.

A Mediação de Conflitos prima pela celeridade e redução dos custos emocional e financeiro e com largo espectro de aplicabilidade, oferecendo benefício em questões familiares. Por outro lado, a mediação também vem ampliando o campo de atuação dos profissionais de Direito e de outras áreas funcionais.

A multiplicidade de métodos de administração de controvérsias existente no mundo contemporâneo trouxe a oportunidade de trabalharmos com o critério de adequação do caso ao instrumento, como prevê em nosso país a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

## 2.1. MEDIAÇÃO NA ÁREA DO DIREITO DE FAMÍLIA

É incontestável que a área de Direito de Família guarda enorme coerência com a prática da Mediação de Conflitos.<sup>4</sup> Nos cinco continentes, a Mediação Familiar e a Comunitária inauguram esse processo de diálogo em diferentes culturas e demonstram sua efetividade como recurso de resolução de controvérsias e pacificação social.

---

epistemológica que não somente entrecruza e interpenetra diferentes disciplinas, como apaga os limites entre elas, integrando-as em um único sistema.

<sup>2</sup>Este foi um legado do pensamento mecanicista de Descartes, que favoreceu a fragmentação do conhecimento e das disciplinas, assim como a equação linear de causa e efeito.

<sup>3</sup>Ver em REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos* – la tipología de conflictos como herramienta de Mediación. Barcelona: Paidós, 2004. O autor, por dedicar-se a identificar possíveis naturezas dos conflitos, viabiliza considerar a multiplicidade de suas origens quando atuamos em seu manejo.

<sup>4</sup>São inúmeras as publicações especialmente dedicadas à Mediação Familiar. Marinés Suares oferece uma ampla visão sobre o tema. Cf. SUARES, Marinés. *Mediando en Sistemas Familiares*. Buenos Aires: Paidós, 2002.

O Brasil não foge a essa constatação. Nos programas nacionais de Mediação Comunitária, as relações familiares são o tema predominante. Inúmeras instituições formadoras de mediadores que atuam na área familiar, conveniadas ou não com Tribunais de Justiça locais, são promotoras de prática privada e social.

Em função de as famílias se caracterizarem pela continuidade no tempo, a resolução pacífica de seus conflitos é classicamente um campo apropriado para esse instrumento, que se propõe não somente à construção de consenso, mas também à preservação da relação social e do diálogo.

Nas Varas de Família do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a prática da Mediação ocorre comumente na fase que antecede o saneamento do processo. Em muitos casos, a Mediação é realizada com sucesso e acordos são formalizados e homologados perante o Juízo competente. Em outros casos, os acordos não são formalizados mas, ainda assim, percebe-se uma profunda mudança de postura das partes e dos advogados junto ao processo, com base na conclusão do trabalho de Mediação.

## 2.2. MEDIAÇÃO NAS SEPARAÇÕES E NOS DIVÓRCIOS

Além dos aspectos legais e práticos, é comum que uma situação de separação envolva distintos vieses e interesses que necessitam ser simultaneamente manejados e para os quais é preciso criar soluções.

Florence Kaslow, profissional americana atuante na área, chama a atenção para os múltiplos divórcios a serem administrados pelo ex-casal:<sup>5</sup>

- um *divórcio afetivo*, que corresponde à tomada de decisão do desfazimento da união, por um ou por ambos;

- um *divórcio físico*, que diz respeito a tudo que requer a inauguração de dois espaços distintos de moradia;

- um *divórcio financeiro*, que versa sobre a divisão de bens e o rearranjo financeiro inerente à separação;

- um *divórcio legal*, relativo à formalização da desunião;

- um *divórcio psíquico* finalizaria o processo, quando alcançado, e corresponderia à permissão emocional para abrir mão do projeto de *ser uma família estruturada*, que viabiliza a convivência diuturna de pais e filhos, assim como de marido e mulher, em harmonia.

---

<sup>5</sup>Ver em KASLOW, Florence; SCHWARTZ, Lita Linzer. *As Dinâmicas do Divórcio* – uma perspectiva de ciclo vital. Campinas: Psy, 1995. As autoras oferecem, nas páginas 48 e 49, um esquema gráfico que sintetiza a ideia dos múltiplos divórcios.

Kaslow chama a atenção para a ilusão de acreditarmos que o divórcio legal engloba todos os outros e ritualiza, em definitivo, a desunião. Para Florence, os cinco divórcios não são simultâneos no tempo, e o divórcio psíquico pode não ocorrer dentro dos dois a cinco anos que sua pesquisa demonstra como prazos máximos, o que mantém algumas pessoas vinculadas pelo luto da não realização do sonho da *família estruturada*.

Na linha da impossibilidade do desfazimento do vínculo afetivo em situações de separação conjugal, Ricardo Vainer chama a atenção para o fato de alguns pares conjugais manterem essa natureza de vínculo por meio do litígio, o que impossibilita o fim do relacionamento e o desligamento psíquico.<sup>6</sup>

Tendo como linha de raciocínio a saúde dos filhos, Gladis Brun e Teresa Cristina Diniz afirmam, com sua larga experiência como terapeutas de família, que a disfuncionalidade do divórcio não reside no evento em si, mas na forma como adultos se reorganizam em torno do fato.<sup>7</sup> Ou seja, filhos sofrerão mais ou menos o impacto da separação dependendo da maneira como seus pais irão conduzir a ruptura de sua relação conjugal.

É muito comum a observância por parte de terapeutas de família, da existência de adultos e crianças disfuncionais em razão de o casal conjugal ter estendido seu divórcio para o par parental, cortando a comunicação ou mantendo um diálogo extremamente ruidoso e mutuamente desqualificador. Com a ruptura do diálogo, colocam os filhos no lugar de porta-vozes e tacitamente os convidam a tomar partido de um ou de outro; quando o diálogo se torna ruidoso e desqualificador, metacomunicam aos filhos que estes pertencem a uma linhagem estragada convidando-os para o lugar de julgadores.

Poder atuar com uma lente multidisciplinar que considere as diferentes etapas do divórcio, que leve em conta a multifatorialidade dos conflitos e que focalize as necessidades do ex-casal conjugal, do par parental e dos filhos ampliaria em muito a efetividade e a eficácia das intervenções. A Mediação de Conflitos é um dos instrumentos de eleição para essa natureza de atuação porque possibilita essa multiplicidade de abordagens.

Tratar os divórcios com o auxílio da Mediação, antes ou durante o processo, possibilita que o casal conjugal e o par parental sejam discriminados e cuidem dos temas que a cada um diz respeito, considerando o ponto de vista de todos os envolvidos – adultos e filhos, assim como os custos e benefícios de cada decisão para cada um.

---

<sup>6</sup>Ricardo Vainer (*Anatomia de um Divórcio Interminável* – o litígio como forma de vínculo. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999) compartilha com o leitor o resultado de sua pesquisa, a partir da observação de separações litigiosas e das reflexões dela originadas.

<sup>7</sup>BRUN Gladis; DINIZ Teresa Cristina. Teoria do divórcio. *Revista Nova Perspectiva Sistêmica*. Rio de Janeiro, n. 2, p. 38, 1992. O artigo versa sobre o tema dos divórcios funcionais e disfuncionais.

O olhar prospectivo da Mediação, sua linguagem positiva e o contexto colaborativo que propõe constituem um cenário para que as negociações tenham lugar, guiadas por esses norteadores. Tendo como pilar a autonomia da vontade dos mediandos e como objetivos a sua autoria na tomada de decisões qualificadas e a construção de soluções de benefício mútuo, a Mediação está voltada para a construção de uma convivência futura que preserve o diálogo entre pai e mãe na vigência do desfazimento do projeto conjugal.

Temas correlatos ao divórcio, como a manutenção financeira dos filhos, a reorganização da convivência entre pais e filhos, a definição da moradia e de responsabilidades do par parental, assim como a partilha de bens, podem se beneficiar do cenário não adversarial da Mediação e da busca de autoria dos mediandos, únicos conhecedores de suas reais necessidades e de seus filhos.

A prática dos *divórcios colaborativos*,<sup>8</sup> que propõe um tratamento interdisciplinar para as situações de separação conjugal, aqui a ser interpretada em sentido amplo, está permeada pela Mediação de Conflitos e se ocupa não somente das questões legais, mas também dos aspectos sociais, emocionais e financeiros de cada caso, conforme adiante se irá analisar.

### 3. ADVOCACIA COLABORATIVA

#### 3.1. O QUE É E COMO FUNCIONA

A Advocacia Colaborativa foi inicialmente idealizada por Stuart Webb, um bem-sucedido e renomado advogado de família norte-americano, que a partir de sua atuação começou a perceber que os resultados que obtinha nos processos judiciais não atendiam nem satisfaziam plenamente seus clientes, pois apesar de vitoriosos nas causas, muitos ainda se sentiam perdedores e insatisfeitos com o resultado da prestação jurisdicional.

Diante de tais constatações, Webb reformulou sua prática de maneira simples e revolucionária: continuava a atuar como advogado, empenhando-se na defesa dos reais interesses de seus clientes, passando, porém, a focar exclusivamente na construção de acordos, renunciando assim à opção pelo litígio. Essa condição passou a constar com total transparência, a partir de então, de seus contratos de representação e dos termos da procuração. Quando acordos não se mostravam possíveis, o cliente era instruído a procurar outro advogado que o representasse em juízo.

---

<sup>8</sup>Em *Collaborative Divorce*, publicado em Nova York pela Harper, em 2007, Pauline Tesler – uma advogada de família e Peggy Thompson – uma psicóloga especializada em famílias, compartilham ideias sobre a reestruturação da família após o divórcio, tendo como cenário a prática do divórcio colaborativo.

Agindo assim, Webb acreditou que estaria atuando em prol da satisfação das famílias, pois os resultados obtidos pelas negociações se sustentariam no tempo e beneficiariam diretamente as partes, principais interessadas na harmonia de suas famílias, e também aos advogados, que mantinham sua função de assessoramento legal, mas sem a obrigação de terem que constituir provas para convencer o Estado-Juiz sobre quem estava com a verdade naquela disputa.

No decorrer do tempo, então, outros advogados de família aderiram à ideia, ficando logo evidente que esse compromisso de não litigância era a chave mestra para que se obtivesse um ambiente efetivamente colaborativo, afinal advogados impedidos de ajuizarem demandas naqueles casos específicos deixaram de representar uma ameaça mútua e passaram a atuar em conjunto, trazendo informações e exibindo documentos importantes sempre que necessário, e assessorando seus clientes na busca de um ajuste viável, criativo e de benefícios mútuos.

Anos mais tarde, a psicóloga Peggy Thompson agregou uma importante inovação à Prática: ampliou a ideia original de Webb e incluiu a ela profissionais de outras áreas, formando assim uma equipe interdisciplinar, que passou a contar com profissionais de saúde (psicólogos, assistentes sociais e terapeutas) e consultores financeiros, além dos advogados. Essa parceria e complementaridade possibilitou um enfoque múltiplo do conflito, dando assim origem, na década de 1990, à chamada *Collaborative Practices*, ou Práticas Colaborativas.

A Advocacia Colaborativa então figura como uma forma de resolução de conflitos na qual as partes estão assessoradas por uma equipe interdisciplinar na condução do processo colaborativo. Por meio do diálogo se objetiva assistir e ajudar a todos os membros daquela família a enfrentarem o momento de crise e transição, buscando dar suporte jurídico, emocional e financeiro para que construam novas dinâmicas familiares de maneira mais adequada.

Assim, cada uma das partes terá o seu próprio advogado que a auxiliará a identificar seus interesses, valores e prioridades, sendo que cada advogado atuará de forma colaborativa com o outro profissional, funcionando ambos como guias desse processo. Além disso, cada uma das partes também será auxiliada por um *coach*, profissional de saúde, que dará todo o suporte emocional durante a negociação e oferecerá ferramentas de comunicação e negociação úteis para que o processo tenha sempre uma visão prospectiva.

Ainda nesse contexto e dependendo da demanda do caso concreto, também poderá funcionar um terapeuta infantil, que será a “voz da(s) criança(s)”, identificando informações emocionais relevantes e auxiliando os pais no planejamento de presente e futuro, para que todas as necessidades e cuidados com a prole sejam contemplados durante o processo. Por fim, caso se faça necessário, um consultor financeiro poderá integrar a equipe

interdisciplinar para dar assessoria às partes na questão financeira, como no preparo de orçamentos e na elaboração de uma divisão e gestão apropriada dos bens.

Por meio dessa prática se objetiva a construção e a reconstrução do diálogo, capacitando as partes a compreenderem as causas da crise instalada e a desenvolverem mecanismos para a superação de obstáculos, diante do real propósito de realização de um consenso que acolha os interesses de todos os envolvidos.

A atuação conjunta de profissionais de diversas áreas se apresenta como um verdadeiro diferencial na Advocacia Colaborativa, uma vez que seus conhecimentos técnicos e práticos poderão auxiliar os clientes a tomarem decisões importantes de sua vida num momento tormentoso de crise, ajudando-os a trabalhar em prol de um acordo sustentável.

Na Advocacia Colaborativa, os clientes, mesmo desconhecendo se vão conseguir por meio do diálogo a solução de seus conflitos, devem desejá-lo com firme propósito, o que vai possibilitar a assinatura de um *acordo de participação*, entre estes e seus respectivos advogados. O dito termo será assinado por todos no início dos trabalhos e nele ficará expressamente estabelecido que, em caso de necessidade de ingressarem com feitos litigiosos, as partes deverão procurar outros advogados, pois aqueles que atuaram no processo colaborativo estarão impedidos de assim proceder, em função do acesso transparente a dados de ambas as partes.

É importante também destacar que, por via de consequência, a prática da Advocacia Colaborativa gerará uma economia de tempo e custos financeiros, além de trazer resultados mais sustentáveis, já que de autoria conjunta das partes envolvidas e baseados num enfoque interdisciplinar e complementar de atuação.

## 3.2. A EQUIPE

### 3.2.1. O ADVOGADO COLABORATIVO

O Advogado Colaborativo não buscará apenas uma solução jurídica para o seu cliente, pois, em verdade, será um dos responsáveis por ajudar seu cliente na identificação dos seus conceitos, interesses, valores e prioridades. Ele sabe que as decisões a serem tomadas repercutirão em cada um dos membros do núcleo familiar ao qual seu constituinte pertence e, exatamente por isso, propõe o resgate do diálogo e a releitura de toda a situação que lhe foi descortinada. Com a ajuda efetiva de seus colegas e parceiros interdisciplinares (*coaches* e, eventualmente, consultor financeiro e terapeuta infantil), o Advogado Colaborativo poderá manejar a gestão dos



conflitos anteriores ao processo e também as questões que porventura surjam ao longo do mesmo.

O Advogado Colaborativo é um verdadeiro condutor deste processo e é muito importante que atue ao lado de seu cliente, clareando o seu pensamento e a sua compreensão acerca das questões envolvidas. Por outro lado, tem-se que o processo Colaborativo possui etapas distintas e é fundamental que as mesmas sejam cumpridas, pois ao se negligenciar uma ou outra, coloca-se em risco o projeto.

No exercício da Advocacia Colaborativa, caberá ao advogado assessorar seu cliente com base na legislação vigente. Todavia, é importante se notar que a lei será apenas uma ferramenta para o trabalho a ser desenvolvido, não se podendo aplicá-la de forma exegética e estanque. Durante esse processo, o Advogado Colaborativo deverá ter como foco não apenas a questão legal, mas também o relacionamento entre as pessoas envolvidas e as repercussões futuras das decisões a serem tomadas, aí incluídas as questões envolvendo filhos e finanças.

Os Advogados Colaborativos irão atuar como guias do processo e tutores das negociações. Atuarão *um com o outro* e não *um contra o outro* e ajudarão seus clientes a encontrarem soluções criativas, compreensivas e de benefício mútuo.

### 3.2.2. PROFISSIONAIS DE SAÚDE

A crença na multifatorialidade do conflito embasa a ideia de trabalharmos com uma equipe interdisciplinar nas práticas colaborativas, em diferentes áreas.

Quando o campo de atuação são as famílias, a pertinência do enfoque multidisciplinar ganha o terreno da convicção. Circunscrevendo a aplicação desta prática aos divórcios, esta abordagem galga patamar de especial propriedade. Divórcios são, fundamentalmente, decisões emocionais que precisam ser organizadas legal, financeira e socialmente, sobre o cenário de uma convivência funcional entre todos os envolvidos – ex-cônjuges/pai e mãe, filhos, famílias extensas e demais integrantes da rede de convivência que abriga a todos.

Os profissionais da área de saúde – predominantemente, os terapeutas com especial conhecimento na dinâmica de casais e famílias – costumam ser identificados pelas Práticas Colaborativas como *coaches*. Nas publicações internacionais essa é a expressão que nomeia aqueles que desempenham a tarefa de acolher as questões emocionais relativas à separação, com vistas a provocar reflexão sobre os temas afins à coparentalidade pós-divórcio e à ex-conjugalidade, dirigindo o olhar dos envolvidos para o futuro.

Como as portas de entrada para o trato dessa matéria costumam ser os escritórios de advocacia e os consultórios de terapia, esses dois profissionais, com formação em práticas colaborativas, compõem a base do trabalho interdisciplinar para os divórcios.

Tanto os advogados quanto os terapeutas atuarão junto a cada cliente e complementarão, por meio da interlocução recíproca, o seu entendimento sobre o caso e, por consequência, suas estratégias de atuação.

Cabe ao profissional de saúde com conhecimento em dinâmica de casais e famílias cuidar da recuperação emocional saudável dos ex-cônjuges e oferecer parâmetros para uma coparentalidade funcional pós-divórcio.

São tarefas dos *coaches* nos Divórcios Colaborativos:

- Acolher os sentimentos relativos à ruptura da conjugalidade e encorajar emocionalmente os ex-parceiros para a continuidade de suas vidas;

- Explorar as questões concernentes à coparentalidade – manutenção e manejo adequados da condução da vida dos filhos – com vistas a preservar o diálogo entre pai e mãe e a construir um futuro saudável para a prole;

- Ajudar pai e mãe a incluírem em seus acordos as necessidades presentes e futuras de seus filhos;

- Identificar as preocupações, interesses, necessidades e possibilidades dos adultos que desempenham a função parental para que possam externá-los com clareza para o outro;

- Auxiliar no aprimoramento de habilidades em negociação e em comunicação para que os adultos ampliem competências para o diálogo com o outro, para a construção de consenso e a tomada de decisões;

- Encorajar tomadas de decisão pautadas em uma visão prospectiva.

Percebe-se, pelo elenco de assuntos abordados pelos *coaches*, o quão importante e complementar é sua participação em relação à atividade desempenhada pelos advogados. São temas que ficam à margem das abordagens tradicionais nos processos de divórcio, mesmo que invariavelmente presentes. Atuar de forma complementar nessas situações significa tomar como foco de intervenção a família, para além do acolhimento a cada cliente em particular.

Em situações em que os pais estão tomados pela emoção e impedidos de se organizarem adequadamente com relação aos filhos e a questões futuras a eles pertinentes, ou ainda, em que os filhos mostrem, por meio de sintomas ou disfunções, sua dificuldade em administrar a ruptura da estrutura anterior da família, especialistas em desenvolvimento e saúde mental infantojuvenil (*child specialist*) podem aditar qualidade ao trabalho colaborativo.

Focado no futuro dos filhos, esse profissional, único para cada caso, poderá atuar como seu porta-voz, trazendo para os pais conhecimento sobre uma específica etapa de desenvolvimento de seus filhos ou descortinando especiais e particulares necessidades, após contato presencial com cada um deles.

São tarefas dos especialistas em saúde mental e desenvolvimento infantojuvenil, nos Divórcios Colaborativos:

- Entrevistar os filhos para dar-lhes voz, conhecer suas necessidades emocionais e preocupações, possibilitando expressão sem que fiquem divididos por compromissos de fidelidade com as figuras parentais;

- Oferecer informações gerais sobre o divórcio, normatizando esse evento, de acordo com cada cultura, e acenando com um futuro em que o contato com os pais ficará preservado;

- Assegurar que os pais estão se empenhando na manutenção do diálogo e na continuidade da rotina de todos, atentos às necessidades de cada filho.

As informações coletadas pelo especialista em crianças e adolescentes serão compartilhadas com os pais e levadas em consideração pelos advogados e *coaches*, no Divórcio Colaborativo.

É inequívoca a necessidade de se considerar as necessidades e preocupações dos filhos nos trabalhos com divórcio realizados por qualquer especialista. Filhos também serão tema das entrevistas que *coaches* realizam com os adultos, especialmente quando tratam das questões pertinentes à parentalidade. Quando os *coaches* incluem em sua formação profissional conhecimentos relativos ao desenvolvimento e a saúde de crianças e adolescentes, a equipe de atendimento poderá prescindir do especialista na área.

### 3.2.3. O CONSULTOR FINANCEIRO

Em determinadas situações, faz-se necessário que o consultor financeiro integre a equipe interdisciplinar que irá trabalhar no processo colaborativo.

Com o intuito de preservar a imparcialidade, o consultor financeiro será um profissional único e trabalhará com as partes na coleta de informações financeiras, no preparo de orçamentos e na divisão dos bens, na forma considerada apropriada e justa pelas partes envolvidas. Caberá a ele também demonstrar o caminho pelo qual as partes poderão gerir tais bens.

O consultor financeiro contribuirá no desenvolvimento de possíveis cenários e soluções econômicas e poderá advertir as partes para possíveis perdas financeiras, envolvendo dinheiro, tributos e taxas, ajudando a reduzir

custos e minimizar a carga tributária. Também caberá a ele demonstrar às partes as possibilidades de expansão do capital financeiro, que favoreçam o melhor gerenciamento das finanças e do patrimônio.

O consultor financeiro, assim como os demais especialistas, não tomam decisões pelas partes; auxiliam na geração de dados e informações, contribuindo para que as decisões financeiras e patrimoniais sejam qualificadas. Somente conversam com os advogados na presença dos envolvidos, com a finalidade de compartilhar as reflexões produzidas no contato com o ex-casal.

#### 4. MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS

O pensamento cartesiano fomentou a fragmentação do conhecimento e possibilitou o surgimento das disciplinas e suas subespecialidades, um movimento que viabilizou a ampliação dos saberes sob lentes microscópicas.

Empossado de um saber monofocal, o homem acreditou dominar conhecimentos e não se deu conta, inicialmente, da perda de visão de conjunto. Essa mobilização social e acadêmica construiu paradigmas monodisciplinares, como o da Psicologia e o do Direito, que se responsabilizaram por tratar os conflitos pelo viés emocional e pelo viés legal, respectivamente.

A passagem do século XX para o século XXI trouxe consigo a interdisciplinaridade – Psicologia Jurídica, Engenharia Genética, Geodireito, entre outros exemplos – e a possibilidade de cuidar dos conflitos com uma lente multifocal, atendendo com maior adequação sua característica multifatorial.

Algumas práticas, nascidas na virada do milênio, guardam estreita sintonia com essa proposta. Entre elas, a Mediação de Conflitos (década de 70) e a Advocacia Colaborativa (década de 90).

A Mediação considera a multifatorialidade dos conflitos e exige dos mediadores uma capacitação interdisciplinar que permita aos seus praticantes avaliar os distintos componentes da controvérsia, destacando para os mediandos o que parece prioritário e identificando a necessidade de consulta a técnicos especialistas para que a tomada de decisão seja qualificada pela informação.

Na Advocacia Colaborativa, profissionais de diferentes áreas – advogados e *coaches*, invariavelmente; terapeuta de crianças e *financial neutrals*, se necessário – reúnem-se a partir da necessidade do caso e, norteados por princípios da Mediação, orientam o(s) cliente(s) com informações, de forma a favorecer decisões qualificadas em um cenário de negociação e busca de consenso.

A Advocacia Colaborativa integra o grupo das Práticas Colaborativas, que propõem a articulação dos pareceres de diferentes disciplinas para avaliar e tratar de questões da interação humana e, em especial, dos conflitos advindos dessa interação. Uma atuação que demanda uma mudança paradigmática no campo da resolução de controvérsias – do paradigma adversarial para o colaborativo.

Por que mudam os paradigmas? Em função de sua insuficiência em um determinado momento da convivência social, quando sua eficácia inicial não é mais observada. Sempre que não dão conta de novas situações sociais com eficiência, pois as mudanças sociais criam uma distância entre sua aplicação e a adequação de seus resultados.

Nessas ocasiões, o ser humano assinala sua insatisfação com o paradigma anterior e se movimenta para criar novas crenças, traduzidas em teorias, normas e mudanças de comportamento. Até que o novo paradigma tenha lugar e legitimidade, o ser humano oscila entre o novo e o antigo, mostrando curiosidade e temor pela novidade. Este início de milênio reúne a Mediação de Conflitos e as Práticas Colaborativas em um mesmo momento.

O Direito de Família é aquele que com muita frequência desafia mudanças de tratamento, pois constantes transformações fazem parte de sua natureza. A adoção do princípio da igualdade dos filhos em texto constitucional; o reconhecimento de uniões homoafetivas pela Corte Superior; a extinção do instituto da separação judicial e o sancionamento diante do instituto da *culpa* pelo fim do casamento; o reconhecimento de paternidade socioafetiva, todos esses são exemplos de evoluções nas relações familiares e que mereceram especial mudança de tratamento pelo ordenamento jurídico ao longo dos últimos anos.

Assim, é natural concluir que, manejar todos os conflitos que decorrem de tais relações não é tarefa fácil e a utilização de métodos tradicionais de resolução de conflitos mostra-se insuficiente para resolver tantas demandas de forma satisfatória.

Durante muito tempo, às questões de Direito de Família se aplicava a lei de forma literal. Aos poucos, passou-se a perceber a necessidade de se incluir a ajuda de profissionais da área de saúde, em especial, no tratamento de questões que envolviam filhos. Paulatinamente, os tribunais criaram os setores de assistência social e psicologia, que passaram a atuar em conjunto com os demais operadores do Direito no manejo dos conflitos. Isto ocorreu exatamente diante da necessidade de se incluir um alcance interdisciplinar no tratamento das questões envolvendo demandas desta natureza.

Arrisca-se, inclusive, afirmar que conflitos envolvendo divórcios são aqueles nos quais se, malmanejados, poderão trazer sequelas e consequências dramáticas para todos os membros da família envolvida. Também faz parte do senso comum que os tribunais, diante de todas as questões que os rodeiam

tais como: acúmulo de processos, carência de pessoal, obediência ao devido processo legal, além de outros, por vezes se mostram incapazes de decidir o conflito de uma forma subjetivamente satisfatória. Cada vez mais, faz-se necessária uma saudável reorganização das famílias e um tratamento interdisciplinar às questões delas inerentes.

Assim, a Mediação e a Advocacia Colaborativa, com objetivo de privilegiar o resgate de diálogo entre as partes, a manutenção da relação social, bem como um acordo de benefício mútuo, aparecem em nosso ordenamento jurídico como modalidades não adversariais de resolução de conflito.

Forrest Mosten assinala que, na prática colaborativa da advocacia, advogado e cliente fazem uma parceria, distanciando-se do viés adversarial tradicional para identificar soluções que beneficiem as famílias e a todos os demais envolvidos. O benefício é privado – para os direta e indiretamente envolvidos na controvérsia – e público, porque inclui a convivência social pacífica presente futura, e a menor mobilização de recursos públicos para a resolução de conflitos.

Na visão de Forrest, advogados de Família voltam sua prática para a família e não para um cliente que integra uma família. Forrest confere à advocacia a categoria de *healing profession* e demarca a existência do conflito como uma oportunidade para crescimento e mudanças construtivas.

O autor pontua o quanto advogados cada vez mais estudam temas de saúde mental – como a alienação parental e as personalidades *borderline* –, consideram as necessidades emocionais das crianças e entendem o divórcio como um processo e não como um evento. Advogados consultam financistas para identificar manejos adequados do patrimônio e considerar as perdas financeiras advindas da separação conjugal.

Forrest chama a atenção para o fato de escritórios de advocacia permanecerem como porta de entrada, ou pelo menos um dos estágios, da resolução de conflitos, conferindo assim, especial importância a essa mudança de postura e de prática. Sugere que os advogados, antes de ingressarem na prática colaborativa, avaliem como ela encaixa em seus valores pessoais e profissionais, considerando o contexto familiar como um cenário que inclui adultos e crianças a serem cuidados e ampliando seu escopo de análise para além da visão legal – levando em conta o relacionamento entre as pessoas, a administração emocional da solução eleita, a repercussão financeira para o presente e o futuro dos envolvidos.

## 5. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, percebeu-se o quanto especiais e peculiares são as relações familiares e, por consequência, o quanto elas demandam um tratamento interdisciplinar quando do surgimento de seus conflitos.

A Mediação aparece então como um método não adversarial de resolução de conflitos pelo qual se objetiva o resgate do diálogo e da relação social entre os envolvidos, bem como a realização de acordo que vise o benefício mútuo. A Mediação se enriquece com aportes teóricos e técnicos de distintos saberes, sendo certo que o seu alcance interdisciplinar possibilita sua efetividade e o alcance social de seus resultados.

A seu lado encontra-se a Advocacia Colaborativa, prática em que as partes estarão assessoradas por uma equipe interdisciplinar na condução do processo colaborativo, objetivando assistir e ajudar a todos os membros daquela família a enfrentarem o momento de crise e transição, buscando dar suporte jurídico, emocional e financeiro para que construam novas dinâmicas familiares de maneira mais adequada.

Fácil concluir que a Mediação e a Prática Colaborativa guardam algumas semelhanças e diferenças. Em ambos os trabalhos se observa o protagonismo das partes na tomada de soluções, um alcance interdisciplinar na reorganização das famílias, a busca pelo resgate do diálogo e a construção de um acordo de benefício mútuo. Na mediação, o mediador trabalhará como um terceiro imparcial e que irá funcionar como um facilitador de diálogo. Na Advocacia Colaborativa os Advogados atuarão com parcialidade, funcionando como verdadeiros condutores do processo e trabalharão em conjunto com a equipe multidisciplinar. Em especial, é sugerido que o Advogado Colaborativo conheça e domine o método de trabalho da mediação, bem como se utilize das mesmas ferramentas da mediação.

Nos últimos anos, dentro da realidade de se buscar por novos métodos adequados de resolução de conflitos, temos assistido no Brasil uma profunda reformulação de valores e conceitos na sociedade. Assim, o Estado vem diminuindo sua ingerência na vida privada das pessoas e o Judiciário, cada vez mais, vem reconhecendo sua incapacidade de resolver conflitos de natureza subjetiva de maneira satisfatória. Apenas para ilustrar esse movimento temos, em 2007, a promulgação da Lei nº 11.441 que possibilitou a realização do divórcio e da partilha extrajudiciais, ou seja, sem a intervenção do Estado-Juiz e, em 2010, destaca-se a Emenda Constitucional nº 66, que autorizou o divórcio direto, abolindo a separação judicial e a discussão acerca de culpa. Concomitantemente, como consequência natural dessa emancipação, surge um forte movimento de difusão da cultura do entendimento e das técnicas de autocomposição, dentre as quais se destaca a Mediação de Conflitos, que aparece no cenário nacional como um dos pilares da Política Pública

de incentivo à solução adequada do conflito (Resolução nº 125 do CNJ de 29/11/2010).

Desta forma, percebe-se que a Advocacia Colaborativa voltada para o Direito de Família também está em total consonância com as iniciativas já adotadas pelo CNJ e pelos Tribunais de Justiça de se escolher o meio mais adequado para a resolução de determinados conflitos.

## REFERÊNCIAS

ANDER-EGG, Ezequiem. *Interdisciplinaridad en Educación*. Buenos Aires: Editorial Magisterio del Río de da Plata, 1994.

BRUN, Gladis; DINIZ, Teresa Cristina. Terapia do Divórcio. *Revista Nova Perspectiva Sistêmica*, n. 2, p. 38, 1992.

FISHER, Roger; SHAPIRO Daniel. *Beyond Reason – using emotions as you negotiate*. New York: Penguin Books, 2005.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim – a negociação de acordos sem concessões*. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

KASLOW, Florence; SCHWARTZ, Lita Linzer. *As Dinâmicas do Divórcio – uma perspectiva de ciclo vital*. Campinas: Editora Psy, 1995.

MOSTEM, Forrest S. *Collaborative Divorce Handbook – helping families without going to Court*. San Francisco: Jossey-Bass, 2009.

REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos – la tipología de conflictos como herramienta de Mediación*. Barcelona: Paidós, 2004.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação Não Violenta – técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Ágora, 2006.

SUARES, Marinés. *Mediando en Sistemas Familiares*. Buenos Aires: Paidós, 2002.

TESLER, Pauline H. *Collaborative Law – achieving effective resolution in divorce without litigation*. Chicago: ABA, 2008.

TESLER, Pauline H.; THOMPSON, Peggy. *Collaborative Divorce – the revolutionary new way to restructure your family, resolve legal issues and move on with your life*. New York: Harper Collins, 2007.



VAINER, Ricardo. *Anatomia de um Divórcio Interminável* – o litígio como forma de vínculo. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1999.

# ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS E DIVISÃO DOS FRUTOS E RENDIMENTOS DOS BENS COMUNS: NÃO DÁ PARA CONFUNDIR!

Maria Berenice Dias<sup>1</sup>

Felipe Matte Russomanno<sup>2</sup>

## DESDOBRAMENTOS QUE VÃO ALÉM DA QUESTÃO ALIMENTAR

Historicamente, a obrigação de prover o sustento da família sempre foi do homem. Afinal, era ele que exercia o poder familiar. Quando ocorria o desquite – era assim chamada a separação judicial –, para a fixação de alimentos bastava buscar os ganhos do chefe da família, sem profunda investigação quanto às necessidades de quem os recebia: mulher e filhos.

Foi só em 1977, com o advento da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), que o dever alimentar deixou de ser uma obrigação exclusivamente masculina. Tornou-se um dever recíproco, mas somente a favor de quem não tivesse sido o culpado pelo fim do casamento. Mesmo que de forma superficial, acabou autorizada a discussão sobre as possibilidades do devedor e as necessidades do credor.

Com o advento de leis esparsas, o tema dos alimentos acabou espalhado em mais de um diploma legal, merecendo regulamentação diferenciada a depender de quem era o beneficiário. O Código Civil de 1916 disciplinava os alimentos decorrentes do vínculo de consanguinidade e da solidariedade familiar. A Lei do Divórcio e a legislação da união estável regulavam os alimentos derivados do dever de mútua assistência entre cônjuges e companheiros.

O atual Código Civil tratou de forma indiscriminada a questão alimentar, não distinguindo a origem, a natureza e nem os beneficiários dos alimentos. Tal acabou gerando grande controvérsia, que desde então a doutrina tenta dissipar.

---

<sup>1</sup>Advogada. Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM. Presidenta da Comissão da Diversidade Sexual da OAB. Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

<sup>2</sup>Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Todos esses fatos deram um novo colorido à obrigação alimentar, na busca pela superação de antigas injustiças. A expressão *alimentos* se tornou cada vez mais abrangente, englobando tudo que é necessário para alguém viver dignamente, não só para satisfazer necessidades físicas, psíquicas, intelectuais, mas também para manter o padrão de vida que a família sempre usufruiu.

No âmbito do Direito das Famílias, a obrigação alimentar decorre da lei, tendo por origem o parentesco, o casamento ou a união estável. Com a pluralização do conceito de família e a construção de arranjos familiares muito mais complexos, que retratam relações humanas cada vez mais peculiares, a questão dos alimentos exige novas abordagens.

## DIVISÃO DOS FRUTOS E RENDIMENTOS DOS BENS COMUNS

A obrigação de dividir os frutos e rendimentos dos bens comuns é determinada pela Lei de Alimentos, em seu artigo 4º, parágrafo único, com o nome de *alimentos provisórios*.<sup>3</sup> Parte da doutrina chama de *alimentos ressarcitórios* ou *alimentos indenizatórios*. Apesar da nomenclatura legal, a verba não dispõe de natureza alimentar e nem tem caráter de provisoriedade.

Como o direito à meação dos frutos e rendimentos gerados pelos bens comuns decorre da comunhão de bens que instala um condomínio entre os consortes, não só no regime da comunhão universal de bens cabe a imposição do encargo. A referência legal decorre do fato de a Lei de Alimentos (1968) ser anterior à Lei do Divórcio (1977), que alterou o regime legal para a comunhão parcial de bens. Assim, a referência ao regime de bens não tem mais qualquer justificativa.

Ainda que prevista na Lei de Alimentos, tal obrigação foi simplesmente ignorada pela jurisprudência. Só recentemente, quando do surgimento do instituto dos alimentos compensatórios, é que ganhou palco.

Nesse contexto, é que a doutrina passou a fazer a distinção entre alimentos e repasse dos frutos e rendimentos dos bens comuns, a favor de quem não permaneceu com os bens rentáveis. Apesar da separação do casal, os bens permanecem em estado de mancomunhão, feia expressão que significa propriedade em mão comum. Todos insistem em afirmar que tal não se confunde com um condomínio, que só surge após a partilha. Este é o

---

<sup>3</sup>Art. 4º Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.  
Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

momento que termina a cotitularidade surgida em decorrência do casamento ou da união estável.

O pagamento é devido a título de ressarcimento pela não imissão imediata na posse e administração de metade dos bens da meação visando a coibir o enriquecimento sem causa. São rendas auferidas de aluguéis, aplicações financeiras, lucros e dividendos de atividades empresariais ou de outra natureza.

A entrega de frutos e rendimentos se fundamenta no princípio da solidariedade, próprio do direito obrigacional. Decorre da cotitularidade patrimonial e antecipa a partilha dos rendimentos dos bens comuns. Não se confunde com a obrigação alimentar decorrente dos vínculos da parentalidade, conjugalidade ou afinidade, que tem por parâmetro a necessidade de quem pleiteia e a possibilidade de quem paga.

A entrega do produto obtido pela posse exclusiva dos bens comuns por um do par não afasta a possibilidade de fixação de pensão alimentícia, dada a diferença de natureza de ambos os institutos. Contudo, o acréscimo patrimonial que o repasse dos frutos e rendimentos invariavelmente acarreta e enseja a diminuição das necessidades do credor alimentar.<sup>4</sup> Se os valores dos frutos e rendimentos dos bens comuns garantirem o sustento de quem os percebe, não cabe fixação de alimentos.

A divisão dos ganhos do acervo patrimonial comum é feita mediante a entrega da metade da receita líquida recebida por quem permaneceu na posse exclusiva dos bens comuns após o desenlace conjugal. A verba só é devida quando o patrimônio gera algum tipo de receita. Se um dos ex-consortes está na posse exclusiva de bem que só acarreta despesas, não há que se falar em alimentos provisórios, já que, se a entidade familiar subsistisse, os gastos com sua manutenção seriam suportados por ambos. Ou seja, nada há a ser reembolsado quando o acervo comum não gera frutos, mas apenas despesas para a sua conservação.<sup>5</sup> Por isso o parâmetro para fixação do repasse é a renda líquida: os rendimentos brutos, deduzidas as despesas como administração, impostos e conservação.

Quando o direito ao repasse dos frutos e rendimentos dos bens comuns é incontroverso, a determinação de pagamento deve ocorrer em sede de antecipação de tutela. Não há razão para postergar o pagamento à ultimação da partilha, eis que um dos consortes está usufruindo sozinho de bens que não são só dele.<sup>6</sup> É o que diz a lei que, inclusive, prevê a concessão liminar independentemente de pedido.

<sup>4</sup>YUSSEF, Said Cahali. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 306..

<sup>5</sup>MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1.004.

<sup>6</sup>Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Alimentos compensatórios. Cabimento. Considerando que os litigantes estão separados de fato e estando o requerido na posse exclusiva dos bens do casal, em especial do micro-ônibus, detendo maior capacidade de exploração econômica, sendo ele quem, desde aquela data, usufrui do rendimento amealhado, mostra-se correta a fixação em favor da agravada de alimentos compensatórios, até que se efetive a partilha de bens. Agravo de instrumento desprovido. (TJRS, AI 70046238671, 8ª C. Cív., Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 16/02/2012).

Mostra-se salutar a determinação de pagamento imediato, pois acaba servindo de instrumento de pressão para a imediata divisão do patrimônio. Afinal, se alguém está na posse e permanece com a integralidade dos lucros, nenhum motivo tem para ultimar a partilha. É recorrente a manobra de colocar entrave à instrução processual para retardar o fim do processo. Desta realidade apercebe-se a justiça, ainda que fazendo equivocadamente referência a alimentos compensatórios.<sup>7</sup>

O termo final da obrigação não é a sentença que decreta o divórcio ou, eventualmente, a que fixa alimentos definitivos. Como corresponde aos frutos dos bens comuns, perdura até cessar o estado condominial – geralmente a ultimação da partilha. Isso significa que, enquanto os bens comuns que geram renda permanecerem na administração exclusiva de um, o outro faz jus, a título de meação e à metade dos rendimentos líquidos.<sup>8</sup>

Apesar disso, ainda há dois pontos que não encontram resposta única em sede jurisprudencial.

Um diz com a compensação ou não dos valores recebidos quando da efetivação da partilha. A tendência é admitir tal possibilidade, já que não se trata de verba de natureza alimentar, mas que busca compensar a administração exclusiva dos bens comuns por apenas um dos cônjuges ou conviventes.<sup>9</sup> Desse modo, não incidem os princípios da irrepetibilidade e da incomensurabilidade quanto aos pagamentos feitos. Assim, procedida a partilha, são reembolsados os valores antecipados em forma de indenização pela administração exclusiva dos bens comuns geradores de renda.

A outra controvérsia gira em torno da possibilidade de prisão do devedor inadimplente. No âmbito do STJ, prevalece o entendimento de que a mora não ampara o aprisionamento do devedor.<sup>10</sup> No entanto, mais coerente

<sup>7</sup> Ação de alimentos. Pedido de alimentos provisórios negado, sob o argumento de que a ex-mulher percebe proventos previdenciários. Insurgência. Ex-marido na administração exclusiva do patrimônio comum. Fruição dos rendimentos dos bens em mancomunhão. Ação de partilha, ademais, sujeita à demorada tramitação, tendo em vista os obstáculos criados pelo agravado. Empobrecimento injustificável da ex-esposa com a decretação do divórcio, notadamente diante de vasto e rentável acervo comunicável pelo regime da comunhão universal de bens. Obrigação alimentar que encontra fundamento independente da comprovação de necessidade. Alimentos compensatórios devidos até o efetivo recebimento da meação correspondente. Quantum que deve ser fixado com base na razoabilidade, sobretudo em sede de cognição sumária. Valor sujeito à revisão. Recurso conhecido e provido. (TJSC, AI 2011.019666-6, 6ª C. Dir. Civ., Rel. Des. Ronei Danielli, j. 14/07/2012).

<sup>8</sup> Ação de alimentos. Recurso da autora. Pensão fixada em 45 (quarenta e cinco) salários mínimos. Termo final temerário. Obrigação alimentar devida até a efetiva partilha dos bens do casal em discussão nos autos da ação de separação n. 004.09.008167-0. Patrimônio vultoso. Em sede de alimentos, a estipulação do prazo final do encargo deve levar em conta as condições financeiras da ex-mulher antes e depois da separação. Desse modo, razoável a fixação do termo final da obrigação de alimentos até a definitiva partilha dos bens do casal, a qual é discutida em outra ação. [...] (REsp 1117319/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 22/2/2011). Recurso do réu. Exoneração da pensão alimentícia. Binômio possibilidade e necessidade caracterizados. Alimentos compensatórios. Necessidade de permanência do encargo até a efetiva partilha dos bens. Manutenção do padrão de vida. De ofício, majoração da pensão para 50 salários mínimos. Os alimentos compensatórios se justificam como consequência da dependência econômica vivenciada pelo cônjuge que abdicou de sua vida profissional para dar suporte aos filhos e ao marido. [...] (TJSC, AC 2011.033632-5, 1ª C. Dir. C., Rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 22/06/2012).

<sup>9</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1.003.

<sup>10</sup> Recurso ordinário em face de decisão denegatória de *habeas corpus*. [...] Execução (apenas) de verba correspondente aos frutos do patrimônio comum do casal a que a autora (exequente) faz jus, enquanto aquele se encontra na posse exclusiva do ex-marido. Verba sem conteúdo alimentar (em sentido estrito) - viés compensatório/indenizatório pelo prejuízo presumido consistente na não imissão imediata nos bens afetos ao quinhão a que faz jus. Recurso ordinário provido. [...] III - A definição, assim, de um valor ou percentual correspondente aos

é o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi neste julgamento. Diz o voto vencido: *Desprover essa verba do caráter alimentar que lhe é inerente, teria o condão de conferir insustentável benefício ao cônjuge que se encontra na posse e administração dos bens comuns e que possa estar, de alguma forma, protelando a partilha deste patrimônio.*

## ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Por se tratar de tema relativamente novo, que não dispõe de previsão legal expressa, os alimentos compensatórios têm sido causa de enormes controvérsias. Muitos consideram que se trata de verba de caráter alimentar; outros adotam por fundamento a ausência de bens comuns que autorize repasse de frutos e rendimentos pela posse exclusiva.

As divergências começam pelo nome, uma vez que os alimentos compensatórios não são alimentos e também não se compensam. Talvez mais adequado fosse nominá-los de *verba ressarcitória* ou *alimentos indenizatórios*.

De qualquer modo, os alimentos chamados de compensatórios e o repasse dos frutos e rendimentos comuns – nominados de alimentos provisórios – não se confundem. Nenhum tem caráter alimentar e não tem origem nos alimentos propriamente ditos (CC, art. 1.694) que tem origem no poder familiar (CC, art. 1.634), nos deveres do casamento (CC, art. 1.566, III) e da união estável (CC, art. 1.724).

Os alimentos decorrentes do vínculo de parentesco ou conjugalidade dizem com a sobrevivência de quem os recebe e são fixados atendendo ao parâmetro possibilidade e necessidade. Os compensatórios, por outro lado, estão ligados à situação de desequilíbrio econômico entre o casal em comparação com o padrão de vida de que a família desfrutava antes do fim da convivência. A parte hipossuficiente – geralmente a mulher –, que antes usufruía da boa qualidade de vida que lhe era propiciada pelo outro, se vê diante de vertiginoso declínio financeiro quando encerrada a conjugalidade. Daí serem os alimentos compensatórios uma espécie de indenização pela *perda da chance* experimentada por um dos consortes durante o convívio conjugal. Nada mais do que a repercussão no âmbito do Direito das Famílias de um direito de cunho obrigacional que veda a onerosidade excessiva,

---

frutos do patrimônio comum do casal a que a autora faz jus, enquanto aquele se encontra na posse exclusiva do ex-marido, tem, na verdade, o condão de ressarcir-la ou de compensá-la pelo prejuízo presumido consistente na não imissão imediata nos bens afetos ao quinhão a que faz jus. Não há, assim, quando de seu reconhecimento, qualquer exame sobre o binômio "necessidade-possibilidade", na medida em que esta verba não se destina, ao menos imediatamente, à subsistência da autora, consistindo, na prática, numa antecipação da futura partilha; IV - Levando-se em conta o caráter compensatório e/ou ressarcitório da verba correspondente à parte dos frutos dos bens comuns, não se afigura possível que a respectiva execução se processe pelo meio coercitivo da prisão, restrita, é certo, à hipótese de inadimplemento de verba alimentar, destinada, efetivamente, à subsistência do alimentando; V - Recurso ordinário provido, concedendo-se, em definitivo, a ordem em favor do paciente. (STJ, RHC 28.853-RS, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, p. 12/03/2012).

aproximando-se dos alimentos indenizatórios oriundos da responsabilidade civil.

No mais das vezes, o homem é o provedor da família. É quem aporta os recursos financeiros para a manutenção da mulher, induzindo-a a abandonar todos os seus sonhos de gratificação pessoal ou profissional. Com a separação, o corte ou redução do repasse de valores gera uma queda abrupta da condição de vida a que a parte vulnerável estava habituada. Talvez esteja aí a dificuldade de muitas vezes se romper a união: não têm como sair e nem para onde ir. Em razão disso, os alimentos compensatórios visam a dar efetividade ao comando legal que assegura ao beneficiário viver de modo compatível com sua condição social.<sup>11</sup>

É nesse contexto que encontra espaço o fundamento trazido por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald a justificar os compensatórios: a boa-fé objetiva. Isso porque, *durante o relacionamento, um dos cônjuges acaba criando no outro a justa expectativa de manutenção do mesmo padrão de vida, caso o relacionamento seja dissolvido.*<sup>12</sup> Assim, nada mais justo que adote uma postura ética e mantenha as promessas feitas durante a conjugalidade.

O fundamento para a incidência dos compensatórios é a incomunicabilidade de aquestos. Faz jus aos compensatórios aquele que, quando do desfazimento do vínculo conjugal, seja em razão do regime patrimonial, seja porque assim acordado entre as partes, não percebe bens que poderiam garantir o padrão de vida de antes.<sup>13</sup>

Não há como negar que, diante do esfacelamento de um núcleo familiar, o padrão de todos os seus membros tenda a decair. Contudo, os efeitos de uma separação devem ser os menos dolorosos possíveis, não sendo justo impor a um danos ainda maiores do que ao outro. Nessas situações, é cabível a fixação dos compensatórios, que servem para reparar o prejuízo de quem perdeu o padrão de vida que dispunha antes do desfazimento da união.

A questão vai muito além da manutenção digna de quem os recebe: busca manter o padrão experimentado durante a convivência familiar, isto é, compensa a parte hipossuficiente pelo estilo de vida que desfrutava na constância da união. Trata-se de verba que deriva da discrepância entre padrões de vida pós-separação. Segundo Rolf Madaleno, *a pensão compensatória resulta claramente diferenciada da habitual pensão alimentícia porque põe em xeque o patrimônio e os ingressos financeiros de ambos os*

---

<sup>11</sup>DANTAS, Ana Florinda. Alimentos com efeitos reparatórios. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 448.

<sup>12</sup>FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 6, p. 791.

<sup>13</sup>MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 211.

*cônjuges, tendo os alimentos compensatórios o propósito específico de evitar o estabelecimento de um desequilíbrio econômico entre os consortes.*<sup>14</sup>

Após muita insistência da doutrina, que criou o instituto à margem da omissão legislativa, a jurisprudência passou a admitir os alimentos compensatórios. Por medida de equidade, incumbe ao juiz o dever de equilibrar disparidades, obrigando o consorte com melhores condições a garantir ao ex-parceiro meios para se reequilibrar economicamente.<sup>15</sup>

Há casos, porém, em que o Judiciário se nega a fixar um repasse compensatório sob o fundamento de que inexistente norma legal que o referende.<sup>16</sup> Apesar da ausência de regra jurídica expressa, o fundamento para a fixação dos compensatórios se extrai do próprio ordenamento jurídico, que prevê o dever de mútua assistência e de solidariedade. E, mesmo se assim não fosse, o juiz deve atender aos fins sociais a que o ordenamento se destina, tomando os princípios constitucionais como diretrizes da aplicação do direito. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, preceitua: *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*

Outrossim, se de lacuna se tratasse, seria suprida por determinação do artigo 126 do Código de Processo Civil, que dispõe que *o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.* A origem do encargo decorre do princípio da isonomia conjugal imposta pelo artigo 226, § 5º da Constituição Federal.

---

<sup>14</sup>MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, v. 13, dez./jan. 2010, p. 19.

<sup>15</sup>Ação de dissolução de união estável. Alimentos compensatórios. Parágrafo único do art. 4º da Lei 5.478/68 c/c art. 7º da Lei 9.278/96. Verossimilhança das alegações. Lesão grave e de difícil reparação. 1. Se os documentos juntados com a petição inicial parecem, efetivamente, indicar que as partes conviveram em regime de união estável e que pode haver efetivo desequilíbrio na partilha do patrimônio, isso é suficiente para dar suporte ao pedido de fixação de alimentos que a doutrina vem chamando de “compensatórios”, que visam à correção do desequilíbrio existente no momento da separação, quando o juiz compara o *status* econômico de ambos os cônjuges e o empobrecimento de um deles em razão da dissolução da sociedade conjugal. A própria tese acerca da possibilidade de fixação de alimentos compensatórios – bem como a da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o da irrepitibilidade dos alimentos – insere-se no contexto da verossimilhança, emprestando relevância aos fundamentos jurídicos expendidos na peça de recurso. 2. A alegação de ocorrência de desequilíbrio na equação econômico-financeira sugere, de forma enfática, a potencialidade de causação de lesão grave e de difícil reparação, a demandar atuação jurisdicional positiva e imediata por meio do recurso de agravo. 3. Demonstrada a verossimilhança dos fatos alegados na petição do agravo, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser mantida a liminar deferida. 4. Recurso provido. (TJDF, AI 20110020035193, 4.ª T. Cív., Rel. Des. Arnoldo Camanho de Assis, j. 25/05/2011).

<sup>16</sup>Cautelar de alimentos. Fixação de alimentos provisionais e compensatórios. Deferimento dessa verba condicionado à demonstração de que a ex-cônjuge deixou de usufruir de patrimônio comum do qual adviesse frutos ou renda ao casal. Propósito indenizatório rechaçado, porquanto inexistente lei que o imponha ou estabeleça o direito do cônjuge separado de permanecer com o mesmo padrão de vida que possuía na constância do casamento. Caso em que a alimentanda não comprovou que, à exceção do imóvel que serve de moradia ao alimentante e seus filhos, foi privada da administração dos demais bens, tampouco que esses gerassem rendimentos ao casal. Revogação da verba. Por outro lado, irretocável o quantum fixado a título de alimentos provisionais. Obediência ao binômio necessidade/possibilidade (art. 1.694, § único, CC/2002). Recurso parcialmente provido para excluir os alimentos compensatórios do pensamento. (TJSC, AI 2010.000379-1, 3ª C. Dir. C., Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 06/07/2010).



Para a apuração do *quantum*, os compensatórios não se submetem ao trinômio proporcionalidade-possibilidade-necessidade, como equivocadamente já foi decidido.<sup>17</sup> Deve ser feito o levantamento do patrimônio de propriedade exclusiva de uma das partes para aferir o fôlego patrimonial do casal, uma vez que o pensionamento será arbitrado em valor capaz de assegurar ao beneficiário a qualidade de vida a que foi acostumado, graças aos recursos do ex-consorte. Essa apuração não visa à cobrança de frutos ou antecipação de partilha de bens comuns. Cabe quando a parte não recebe patrimônio.

O pagamento dos compensatórios pode ser feito em parcela única ou periodicamente, o que de forma alguma dá ao crédito natureza alimentar. Como sua exigibilidade depende de fato incerto – equilíbrio econômico – não podem ser fixados por tempo certo.<sup>18</sup> Surge, então, um dilema: se, de um lado, deve-se evitar um pensionamento infinito, de outro, o termo final depende da superação da desigualdade entre as partes. De qualquer modo, o equilíbrio que pode justificar o termo final da obrigação é imprevisível, diz com o momento em que ocorrer o ajustamento entre a realidade econômico-financeira vivida pelos ex-consortes.

Além disso, como a verba é desprovida de caráter alimentar, acaso o beneficiário obtenha meios de prover a sua própria subsistência, o outro não estará desonerado de alcançar o valor estipulado. A possibilidade de revisão ou exoneração do encargo só cabe quando atingido o equilíbrio financeiro entre as partes ou alteradas as condições econômicas do pagador, em face da teoria da imprevisão, cuja cláusula *rebus sic stantibus* sempre está presente em se tratando de obrigações de trato sucessivo.

Finalmente, como os compensatórios não servem para fazer frente às necessidades básicas do credor e a Constituição Federal (art. 5º, LXVII) admite a prisão civil por dívidas apenas no caso do devedor de alimentos, o inadimplemento da obrigação compensatória não dá azo à prisão civil do devedor. Além disso, a Súmula 309 do STJ deixa claro que, para ensejar

<sup>17</sup>Agravo de instrumento. Alimentos compensatórios ao separando. Descabimento. Se o separando é um profissional qualificado e tem plenas condições de exercer sua atividade laboral e de prover o próprio sustento, evidentemente não ostenta a condição de necessitado, não se podendo ignorar que os alimentos somente são concedidos quando presente o binômio possibilidade e necessidade. Tratando-se de uma decisão provisória, poderá ser revista a qualquer tempo, desde que venham aos autos elementos de convicção que justifiquem a revisão. Não há, nos autos, elementos a apontar, modo inequívoco, o patrimônio a ser partilhado e os rendimentos que dele advêm, com o que, por certo, se ocupará a instrução. Recurso desprovido. (TJRS, AI 70039101738, 7ª C. Civ., Rel. Roberto Carvalho Fraga, j. 23/03/2011).

<sup>18</sup>Civil - Divórcio litigioso - Alimentos compensatórios, a serem prestados durante 12 (doze meses). Mulher que se encontra desempregada, em virtude de haver-se dedicado às tarefas domésticas, na época em que foi casada com o apelante. Binômio necessidade x possibilidade. Sentença mantida. Apelo improvido. 1. "Produzindo o fim do casamento desequilíbrio econômico entre o casal, em comparação com o padrão de vida de que desfrutava a família, cabível a fixação de alimentos compensatórios. Em decorrência do dever de mútua assistência (CC 1.566 III), os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (CC 1.565). Surge, assim, verdadeiro vínculo de solidariedade (CC 265), devendo o cônjuge mais afortunado garantir ao ex-consorte alimentos compensatórios, visando a ajustar o desequilíbrio econômico e a reequilibrar suas condições sociais. Faz jus a tal verba o cônjuge que não perceber bens, quer por tal ser acordado entre as partes, quer em face do regime de bens adotado no casamento, que não permite comunicação dos aquestos" (in Divórcio Já, Maria Benenice Dias, RT, 2012, pág. 122). 2. A estipulação de pensão alimentícia pelo lapso temporal de 12 (doze) meses, se mostra razoável, uma vez que a requerida é uma pessoa saudável, com apenas 29 anos de idade, que tem condição de se inserir no mercado de trabalho e conseguir uma vaga de emprego com remuneração suficiente para sua subsistência. [...] Recurso improvido. (TJDFT, AC 20110710144307, 5ª T., Rel. Des. João Egmont, j. 21/11/2012).

a prisão civil, o débito deve compreender três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as vincendas no curso do processo.

## **SEMELHANÇAS, DIFERENÇAS E CONFUSÕES ENTRE REPASSE DOS FRUTOS E RENDIMENTOS DOS BENS COMUNS E ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS**

É enorme a confusão, quer da doutrina, quer da jurisprudência, a respeito do tema. Frequentemente são nominados de compensatórios os alimentos legalmente chamados de provisórios (LA, art. 4.º, parágrafo único), que nada mais são do que a divisão dos frutos e rendimentos dos bens do casal.

A mais acentuada semelhança entre as duas verbas – que recebem o nome de alimentos sem o ser – está na novidade, que soou como verdadeira descoberta. A doutrina e a jurisprudência se deram conta das injustiças criadas graças à impossibilidade de extensão da abrangência dos alimentos propriamente ditos a situações que dispõe de outros referenciais. Até então, era comum ver um cônjuge alijado de seu padrão de vida porque o outro era quem detinha os meios para a manutenção pomposa da entidade familiar. Após a separação, impunha ao ex-consorte um declínio exponencial em seu padrão social. Também não raro a justiça fazia vistas grossas às situações em que um do par recebia sozinho as receitas dos bens comuns, ignorando o dever de repassar ao outro as receitas a que fazia jus. Tudo isso acontecia porque os alimentos não tinham um alcance tão abrangente a ponto de abarcar tais rubricas, mesmo porque não são verbas de natureza alimentar.

Afora isso, são dois institutos independentes. O fato de ambos disporem de nítido caráter reparatório e indenizatório não permite que sejam confundidos.

A primeira diferença reside na origem de cada um dos encargos. Enquanto o repasse de frutos e rendimentos de bens comuns, com o nome de alimentos provisórios, está previsto na Lei de Alimentos, os compensatórios surgiram após extenuante exercício doutrinário.

A divisão dos frutos e rendimentos de bens comuns, como o próprio nome indica, é devida pelo uso exclusivo de bens partilháveis que geram rendas, percebidas por apenas um dos seus titulares. Cabe, então, a entrega da metade da receita auferida àquele que foi alijado da posse do seu patrimônio. Já os compensatórios se justificam pela ausência de bens comuns e a presença de patrimônio individual que propiciou o padrão de vida à família.

A entrega dos frutos e dos rendimentos comuns tem natureza transitória, condicionada à ultimação da partilha dos bens geradores de renda. O

encargo dos compensatórios, por sua vez, surge de um prejuízo à condição econômica de um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros, estando seu termo final condicionado a fato incerto: a obtenção do equilíbrio financeiro.

Enorme é a confusão que reina na jurisprudência. A maioria dos julgados confunde ambas as verbas.<sup>19</sup> Muito embora até haja referência que o pensionamento busca compor o desequilíbrio gerado após a separação, seu deferimento sempre é condicionado à existência de patrimônio comum e ao recebimento de renda dele decorrente. De um modo geral, não se discute o padrão de vida do casal, mas a diferença entre o patrimônio que ficou com cada um após o desenlace conjugal. Ao fim, nada mais é determinado do que repasse dos frutos e rendimentos dos bens comuns e não alimentos compensatórios.

Outro ponto de divergência jurisprudencial diz com a possibilidade de compensação dos valores recebidos por ocasião da partilha. A tendência é admitir a compensação, quando se trata dos frutos dos bens comuns.<sup>20</sup> Mas, em sede de alimentos compensatórios, não há o que compensar.

A distinção se mostra indispensável quando ocorre inadimplemento e o credor busca a sua cobrança. Como os alimentos compensatórios não têm natureza alimentar, a execução não autoriza o uso do rito da prisão (CPC 733). Bem ao contrário de quando ocorre o inadimplemento da obrigação de proceder ao pagamento dos frutos dos bens comuns. Ao menos por elementar princípio ético, faz-se impositivo autorizar a execução pelo rito da prisão.

Nem os alimentos compensatórios e nem a obrigação de partilhar bens rentáveis se confundem com o dever de ressarcimento pelo uso exclusivo da residência da família. Nesse caso, como não se trata de bem que gera renda, acaba sendo imposto o pagamento correspondente à metade do valor do aluguel. No entanto, se permanece no imóvel quem faz jus a alimentos, não cabe o pagamento, pois o uso do imóvel adquire a feição de alimentos *in natura*.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup>Agravo de instrumento. Divórcio. Alimentos compensatórios e provisórios. Verificado o perigo de dano à subsistência da agravante, o pedido vai parcialmente deferido para fixar 01 salário mínimo de alimentos provisórios - em razão do afastamento dela do trabalho na empresa do casal - mais 01 salário mínimo a título de alimentos compensatórios - decorrente do direito de partilha de cotas do agravado e titularidade de cotas da própria recorrente - no quadro social empresa. Deram parcial provimento. (TJRS, AI 70048894281, 8ª C.Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 09/08/2012).

<sup>20</sup>*Habeas corpus* preventivo. Execução de alimentos compensatórios. Ameaça de prisão civil. Natureza indenizatória dos alimentos fixados. Segregação justificável somente nos casos de inadimplemento de dívida de caráter alimentar propriamente dito. Inteligência do art. 5.º, LXVII, da CF. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. "Levando-se em conta o caráter compensatório e/ou ressarcitório da verba correspondente à parte dos frutos dos bens comuns, não se afigura possível que a respectiva execução se processe pelo meio coercitivo da prisão, restrita, é certo, à hipótese de inadimplemento de verba alimentar, destinada, efetivamente, à subsistência do alimentando" (STJ, RHC 28853/RS, Min. Nancy Andrighi, j. 01/12/2011). "Cabe a fixação de alimentos compensatórios, em valor fixo, decorrente da administração exclusiva por um dos cônjuges das empresas do casal. Caso em que os alimentos podem ser compensados, dependendo da decisão da ação de partilha de bens, bem como não ensejam possibilidade de execução pessoal sob o rito de prisão" (TJRS, AC 70026541623, 8ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 04/06/2009). (TJSC, HC 2012.064736-2, 1ª C. Dir. C., Rel. Des. Denise Volpato, j. 25/09/2012).

<sup>21</sup>Indenização - Arbitramento de aluguel pelo uso exclusivo de imóvel comum habitado pela ex-esposa do autor e filhos comuns do casal - Descabimento - Pedido formulado antes da partilha do bem - Inexistência de condomínio - Imóvel pertencente a ambos os litigantes em estado de mancomunhao - Ação improcedente - Recurso desprovido. (TJSP, AC 994070920350, 1ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Rui Cascardi, j. 20/10/2010).

São díspares as decisões sobre o termo inicial de tal obrigação. O STJ exige a notificação do usuário.<sup>22</sup> Ou seja, não é a separação de fato que gera o encargo. Quando do afastamento de um do lar, surge um comodato, que se extingue com a citação do possuidor.<sup>23</sup> No entanto, há decisões que autorizam a cobrança somente depois de ultimada a partilha, porque até lá os bens se encontram em estado de mancomunhão.<sup>24</sup>

Institutos diversos, conseqüências diferentes e construções doutrinárias com requintes de distinções evidenciam o cuidado que se deve ter quando estão em jogo delicadas questões que envolvem o fim de relacionamentos afetivos.

As responsabilidades assumidas quando do casamento ou da constituição de união estável não podem simplesmente desaparecer quando o relacionamento chega ao fim. É encargo da justiça fazer com que todos assumam o compromisso ético que deriva das relações que se constroem para serem perenes, mas que o desejo não consegue fazer cumprir a promessa do amor eterno amor.

---

<sup>22</sup>Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de cobrança de indenização entre ex-cônjuges, em decorrência do uso exclusivo de imóvel ainda não partilhado. Estado de condomínio. Indenização correspondente a metade do valor da renda de estimado aluguel, diante da fruição exclusiva do bem comum por um dos condôminos. Concorrência de ambos os condôminos nas despesas de conservação da coisa e nos ônus a que estiver sujeita. Possível dedução. Arts. 1.319 e 1.315 do CC/02. - Com a separação do casal cessa a comunhão de bens, de modo que, embora ainda não operada a partilha do patrimônio comum do casal, é facultado a um dos ex-cônjuges exigir do outro, que estiver na posse e uso exclusivos de determinado imóvel, a título de indenização, parcela correspondente à metade da renda de um presumido aluguel, devida a partir da citação. - Enquanto não dividido o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, notadamente aquela que estabelece que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa, nos termos do art. 1.319 do CC/02. Assim, se apenas um dos condôminos reside no imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da fruição da coisa. - Subsiste, em igual medida, a obrigação de ambos os condôminos, na proporção de cada parte, de concorrer para as despesas inerentes à manutenção da coisa, o que engloba os gastos resultantes da necessária regularização do imóvel junto aos órgãos competentes, dos impostos, taxas e encargos que porventura onerem o bem, além, é claro, da obrigação de promover a sua venda, para que se ultime a partilha, nos termos em que formulado o acordo entre as partes. Inteligência do art. 1.315 do CC/02. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 983.450/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02/02/2010, DJe 10/02/2010).

<sup>23</sup>Embargos infringentes. Partilha de bens. Uso exclusivo de bem comum. Arbitramento de alugueres. Cabimento. Cabível a fixação de alugueres a serem pagos pelo ex-cônjuge que, após a separação, ficou na posse exclusiva de um imóvel que é comum. Precedentes do STJ. A ocupação exclusiva de um imóvel comum por parte de um dos ex-cônjuges, após a separação, faz presumir a existência de um comodato gratuito por tempo indeterminado, extinto com a intimação para se manifestar sobre a petição onde o arbitramento de alugueres é postulado. Esse momento - a extinção do comodato pela intimação - é o termo inicial para a indenização. Precedentes do STJ. (TJRS, AI 70049208960, 4ª C. C., Rel. Des. Rui Portanova, j. 10/08/2012).

<sup>24</sup>Apelação cível. Ação de indenização na forma de aluguel. Bens pertencentes à sociedade conjugal. Dissolução judicial da união estável. Partilha ainda não efetivada. Mancomunhão. Uso exclusivo pela ex-companheira. Cobrança de aluguel. Não cabimento. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido. (TJSC, AC 2008.065275-5, 4ª C. Dir. C., Rel. Des. Victor Ferreira, j. 16/06/2011).

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 983.450/RS, Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, RHC 28.853-RS, Relator: Min. Massami Uyeda, 2012.  
DANTAS, Ana Florinda. Alimentos com efeitos reparatórios. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; EHRHARDT JR., Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de (Coords.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: JusPodivm, 2010.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, AI 20110020035193, Relator: Des. Arnaldo Camanho de Assis, 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça, AC 20110710144307, Relator: Des. João Egmont, 2012.  
FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 6

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, v. 13, dez./jan. 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, AI 70039101738, Relator: Dr. Roberto Carvalho Fraga, 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça, AI 70046238671, Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça, AI 70048894281, Relator: Des. Rui Portanova, 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça, AI 70049208960, Relator: Des. Rui Portanova, 2012.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, AI 2010.000379-1, Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça, AC 2008.065275-5, Relator: Des. Victor Ferreira, 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça, AI 2011.019666-6, Relator: Des. Ronei Danielli, 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça, AC 2011.033632-5, Relator: Des. Carlos Prudêncio, 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça, HC 2012.064736-2, Relatora: Des. Denise Volpato, 2012.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, AC 994070920350, Relator: Des. Rui Cascaldi, 2010.

YUSSEF, Said Cahali. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



# PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E A EFETIVIDADE DA AFETIVIDADE

Dimas Messias de Carvalho<sup>1</sup>

**Resumo:** As relações de parentesco vêm sofrendo grandes transformações ao longo da história, com sua clássica divisão entre legítimo e ilegítimo, vinculada à cerimônia do casamento ou consanguinidade. A Constituição Federal de 1988 rompeu séculos de desigualdades entre homens e mulheres, filhos e os modelos de entidades familiares, *desbiologizando* a paternidade e elegendo a afetividade como elemento agregador da família. Os vínculos do parentesco atualmente se constituem pela derivação sanguínea ou por outra origem mediante adoção, reprodução medicamente assistida heteróloga e socioafetiva caracterizada na posse do estado de filho. Apesar de inexistir previsão legal expressa da paternidade socioafetiva, os princípios fundamentais norteadores do direito de família, notadamente o princípio da afetividade, conferem efetividade para o reconhecimento jurídico da filiação e criação dos laços de parentesco socioafetivo, gerando todos os efeitos legais, inclusive direitos a alimentos e sucessórios.

**Palavras-chave:** Parentalidade socioafetiva; efetividade paternidade; filiação; princípios fundamentais.

**Abstract:** Kinship relations are suffering great transformations throughout history, with its classical division between legitimate and illegitimate, linked to the wedding ceremony or consanguinity. The Constitution of 1988 broke centuries of inequality between men and women, children and the models of family entities, non-biologizing paternity and electing affectivity as an adding element of family. The bonds of kinship are constituted currently by blood derivation or by other origin through adoption, heterologous medically assisted reproduction and socioaffective characterized in possession of the condition of son. Despite the non-existence of expressed legal provision of socio affective paternity, the guiding principles of family law, particularly the principle of affection, give effectiveness to the legal recognition of affiliation and establishment of socioaffective kinship ties generating all legal purposes, including rights to foods and inheritance.

---

<sup>1</sup>Promotor de Justiça aposentado/MG; Advogado; Professor de Direito de Família e Sucessões na UNIFENAS, no UNILAVRAS e em cursos de Pós Graduação; Membro do IBDFAM; Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões, Direito Processual, Direito Público e Ciências Jurídicas; Mestrando em Direito Constitucional pela FDSM; Autor de obras jurídicas.



**Keywords:** Socioaffective parenting; affectivity;  
paternity; affiliation; fundamental principles.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Princípios fundamentais norteadores do direito de família ; 3. Princípio da afetividade; 4. Princípio da igualdade e isonomia dos filhos; 5. Posse do estado de filho; 6. Efetividade no reconhecimento do parentesco socioafetivo; 7. Conclusão; 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

As relações de parentesco vêm sofrendo grandes modificações na sua constituição ao longo da história, notadamente no reconhecimento da filiação. Os filhos havidos fora do casamento dos pais, denominados de bastardos, não eram reconhecidos e pertenciam apenas à família materna. No antigo direito grego o filho natural não podia ser reconhecido e legitimado. No direito romano não admitia a atribuição de efeitos ao reconhecimento de paternidade ao filho natural, pois não havia o vínculo de parentesco do pai (o *agnatio*) com o filho de uma mulher que não tinha sido associada ao culto doméstico pela cerimônia do casamento. Somente o *agnatio* conferia direitos à herança. A única forma de introdução do filho natural na família paterna era mediante a adoção. Somente mais tarde, ao tempo da codificação de Justiniano, os filhos naturais passaram a ter direitos, ainda que limitados, à sucessão do pai.<sup>2</sup>

O surgimento e o fortalecimento do Cristianismo agravaram ainda mais a desigualdade de tratamento e a discriminação dos filhos, punindo os filhos bastardos pelo ato praticado pelos pais e restringindo as prerrogativas dos filhos naturais concedidas por Justiniano. Buscando manter indissolúvel o casamento por ela abençoado, a Igreja pune os frutos concedidos fora do matrimônio, imprimindo a mancha moral nos bastardos. A discriminação era tamanha que no antigo direito francês adotava-se o brocardo *bâtards ne succedent*, privando-os inclusive do direito sucessório.<sup>3</sup>

No direito brasileiro havia distinção entre os filhos ilegítimos de pai plebeu e de pai nobre, somente extinta com a Lei nº 463 de 2 de setembro de 1847. Os filhos naturais de nobres não herdavam *ab intestato* e não concorriam com os legítimos, possuindo apenas direitos a alimentos. O reconhecimento da paternidade dos filhos naturais anterior ao Código Civil de 1916, entretanto, somente era possível por vontade e iniciativa do pai, mediante testamento ou escritura pública. O Decreto 181, de 24 de janeiro

<sup>2</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 5, *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 189.

<sup>3</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus Efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 13 e 14.

de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil, ampliou o reconhecimento dos filhos naturais pelo pai, acrescentando a confissão espontânea, para fins de oposição de impedimento ao casamento, e o reconhecimento feito no ato do registro de nascimento, escritura pública ou outro documento autêntico do pai (art. 7º, §1º).<sup>4</sup>

O Código Civil de 1916, finalmente autorizou o reconhecimento compulsório de paternidade dos filhos ilegítimos no seu art. 363, mediante ação investigatória de paternidade, mas exigia para propositura da ação a presença de um dos seguintes pressupostos: comprovação de concubinato dos pais; coincidência da concepção do filho com o rapto da mãe pelo pai ou de relações sexuais com ela; ou escrito do pai reconhecendo a paternidade.

O art. 358 do Código Civil de 1916, entretanto, mantinha as desigualdades entre os filhos, ao dispor que os filhos incestuosos e os adúlterinos não podiam ser reconhecidos, gerando odiosa distinção entre os filhos de sangue.

A legislação civil classificava o parentesco em legítimo e ilegítimo, se oriundo ou não de casamento, e em natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou adoção (art. 332).

Os filhos também eram classificados em *legítimos*, se oriundos do casamento dos pais (art. 337, CC 1916); *legitimados*, em razão do casamento posterior dos pais e igualando aos legítimos (art. 352 e 353, CC 1916); *ilegítimos* (ou bastardos), que se dividiam em *naturais*, quando não existiam impedimentos para o casamento dos pais e podiam ter a paternidade reconhecida (art. 355, CC 1916), *incestuosos*, quando existiam impedimentos para casamento dos pais em razão de parentesco, e *adúlterinos*, quando um dos pais (ou ambos) era casado com terceira pessoa; e *adotivo* ou *civil*, quando resultasse de adoção (art. 375, CC 1916).<sup>5</sup> Os filhos incestuosos e adúlterinos não podiam ser reconhecidos.

A Constituição Federal de 1988 finalmente aboliu a desigualdade entre os filhos, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações, sejam havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, vedando qualquer forma de discriminação (art. 227, §6º).

O Estatuto da Criança e do Adolescente excluiu qualquer restrição ao reconhecimento da paternidade, que pode ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, a qualquer tempo, tratando-se de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível (art. 27).

O Código Civil de 2002 previu outras origens de filiação, além da biológica ou por adoção, ao prever expressamente no Artigo 1.593 que o parentesco pode ser natural, quando resultar de consanguinidade, ou civil,

---

<sup>4</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus Efeitos*. P. 13, 21/24.

<sup>5</sup>CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família: Direito Civil*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 290.

conforme resulte *por outra origem*. A filiação civil, portanto, não se limita mais exclusivamente à adoção, como ocorria no Código Civil de 1916, podendo ocorrer por outras formas.

O presente trabalho objetiva demonstrar, diante da evolução dos direitos de filiação, importando em uma reorganização na estrutura jurídica da família, a possibilidade do reconhecimento jurídico de parentesco dos filhos afetivos, denominados *filhos de criação*, reconhecendo a parentalidade socioafetiva, conferindo efetividade à afetividade, com produção de todos os efeitos legais, incluindo alimentos e direitos sucessórios.

O elemento agregador da família passou a ser a afetividade entre seus membros, possibilitando o surgimento, entre os princípios fundamentais norteadores do direito de família, do *princípio da afetividade*, resultando na *desbiologização da paternidade*, permitindo o reconhecimento da filiação por outras origens, entre elas a *filiação socioafetiva*.

A família brasileira sofreu grandes mudanças nas últimas décadas. No século passado predominava a família formal, patriarcal, hierarquizada e patrimonial, constituída sob o manto da lei apenas pelo casamento. O marido era chefe da família, detentor do pátrio poder, e provedor, exercendo a autoridade sobre a mulher e os filhos. Os filhos eram discriminados. As mudanças romperam séculos de desigualdades entre homens, mulheres e filhos. A invisibilidade de outros arranjos familiares e o impedimento de reconhecimento de certas espécies de filiação cedeu diante do conceito atual de pluralidade de modelos familiares e igualdade dos filhos, sem importar a origem.

A proteção à família não é mais à instituição casamento. Aplica-se a cada um dos membros da família, sem importar o modelo de formação, os direitos fundamentais, que são direitos inatos a todos os seres humanos, reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico para resguardar os princípios que valorizam a pessoa humana, como os da liberdade, igualdade e dignidade humana. No Brasil, a dignidade humana foi elevada a fundamento da República, assentando uma especial atenção às situações existenciais, requerendo tutelas jurídicas para proteção do *ser pessoa*. É na família que os direitos fundamentais possuem maior efetividade e aplicação.

Como já ressaltado, a Constituição Federal de 1988 extinguiu a odiosa descriminalização, reconhecendo a plena igualdade dos filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, e proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §6º). O Estatuto da Criança e do Adolescente reproduziu o comando constitucional e reconheceu que o estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado sem qualquer restrição (art. 27). O Código Civil reconheceu que o parentesco pode ser biológico ou civil por outra origem (não mais apenas pela adoção), presumindo como concebido na constância do casamento os

filhos havidos por reprodução medicamente assistida heteróloga (arts. 1.593 e 1.597, V).

A legislação atual não prevê expressamente o reconhecimento jurídico de parentesco dos chamados *filhos de criação*, situação comum em nossa sociedade, quando uma pessoa cuida, cria e educa filho alheio como fosse seu, e o filho reconhece como seu pai aquele que o criou, ocorrendo a paternidade socioafetiva. A convivência, entretanto, faz surgir o vínculo paterno/filial, a posse do estado de filho.

Assim serão apresentados, utilizando especialmente o pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira, no seu *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, e os direitos fundamentais expressos e implícitos na Constituição Federal, os fundamentos jurídicos que possibilitam a declaração judicial da paternidade dos filhos socioafetivos, reconhecendo a parentalidade socioafetiva e seus efeitos, conferindo efetividade ao princípio da afetividade.

## 2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta a constitucionalização do direito de família e o rompimento definitivo de velhas concepções, como a ilegitimidade dos filhos, superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais e o casamento como única forma de constituição de família. O Código Civil de 2002, entretanto, apesar dos esforços, não conseguiu traduzir todas as novas concepções da atual família, tornando, pois, insuficiente para fazer frente a todas as situações sociais, que se apresentam necessitando serem aplicados diretamente os princípios aos casos concretos. A Constituição Federal elegeu valores sociais dominantes como fundamentais, não podendo mais ser aceito o direito preso a concepções meramente formais em uma moldura positivista. Assim, *é necessário ultrapassar essa barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consequência com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico.*<sup>6</sup>

Ao aplicar uma discussão *principiológica* nas situações concretas, os direitos fundamentais do ser humano estarão garantidos na sua plenitude. Os direitos fundamentais, conforme Rolf Madaleno, citando J.J. Gomes Canotilho e David Pardo, são os direitos de todo e qualquer ser humano e não apenas de determinados grupos. São direitos humanos de todos, atuando como alicerce e valor supremo da ordem jurídica democrática, já que *no conteúdo de fundamental está embutida a ideia de situação jurídica essencial à realização da pessoa humana*. Fundamentais são os direitos declarados

<sup>6</sup>CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 28/39.

em uma comunidade política organizada, para resguardar os princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana. São os direitos reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico.<sup>7</sup>

Fernanda de Melo Meira, ao tratar dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, ressalta a aplicabilidade imediata e cita Ingo Sarlet e Paulo Bonavides para classificá-los como de primeira, segunda e terceira dimensão. Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os que o indivíduo possui como resistência ou oposição perante o Estado, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal, bem como os direitos políticos e as garantias processuais, previstos especialmente no artigo 5º. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, os direitos de participação no bem-estar social, como a assistência social, saúde, educação, trabalho e liberdades sociais previstos no artigo 7º, como a liberdade de sindicalização, direito de greve, direitos fundamentais dos trabalhadores, entre outros. Por fim, os direitos fundamentais de terceira dimensão são os destinados à proteção de grupos humanos, como, por exemplo, os direitos de solidariedade, à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, tratando-se, pois, de direitos difusos e coletivos.<sup>8</sup>

A doutrina, em razão da globalização política, apresenta ainda direitos fundamentais da *quarta geração*, referentes aos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. A globalização econômica e a globalização cultural já são realidades, buscando os direitos de quarta geração uma democracia globalizada, tendo como valor central e convergente de todos os sistemas o homem. Por fim, está surgindo como direito de nova dimensão ou da *quinta geração*, o direito à paz. Traslada-se o direito à paz da terceira para a quinta geração, ressaltando o valor supremo da paz reconhecido em documentos históricos como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 10.12.1948, o *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos*, de 16.12.1966, e a *Declaração do Direito dos Povos à Paz*, contida na Resolução 39, da ONU, de 12.11.1984. A Declaração da ONU *proclama solenemente que os povos do nosso planeta têm o direito sagrado à paz, acrescentando ainda que proteger o direito dos povos à paz e fomentar sua realização é obrigação fundamental de todo Estado.*<sup>9</sup>

A Constituição Federal de 1988, no Título II, integra de forma harmônica as categorias de direitos fundamentais, desde os direitos individuais aos coletivos e sociais, sem que um se contraponha ao outro, podendo classificá-los em *direitos individuais* (art. 5º); *direitos à nacionalidade* (art. 12); *direitos políticos* (arts. 14 a 17); *direitos sociais* (arts. 6º e 193 e §§); *direitos coletivos* (art. 5º) e *direitos solidários* (arts. 3º e 255). No art. 5º, §1º, a Constituição

<sup>7</sup>MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 17 e 18.

<sup>8</sup>MEIRA, Fernanda de Melo. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 2ª ed. Coords.: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Artigo: A Guarda e a Convivência Familiar como instrumentos veiculadores de Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 227 e 228.

<sup>9</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. P. 571 a 581.

brasileira dispõe expressamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata e, no art. 5º, §2º, que os direitos fundamentais expressos na norma constitucional não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou previstos em tratados internacionais.

No Brasil, a dignidade humana foi elevada a fundamento da República, com expressa previsão no artigo 1º, III, da Constituição Federal. A alteração do ordenamento jurídico, instaurada pelo atual texto constitucional, veio assentar uma especial atenção às situações existenciais, requerendo tutelas jurídicas do homem voltadas à sua qualidade humana, prezando-se pelo *ser pessoa*. Não se admite, assim, qualquer situação que *coisifique* o ser humano. *Alicerce da ordem jurídica democrática, pode-se dizer que a dignidade vem a retratar o conteúdo do imperativo Kantiano, segundo o qual o homem há que ser considerado como um fim em si mesmo, jamais como meio para obtenção de qualquer outra finalidade.*<sup>10</sup>

Inequívoco que a pessoa humana é o cerne do Direito, orientando todos os institutos jurídicos para promover o pleno desenvolvimento e a integral proteção do ser humano.

Com efeito, ao colocar a dignidade humana como um dos fundamentos da República, a Constituição brasileira conferiu valor maior à proteção da pessoa humana, vedando qualquer forma de discriminação e garantindo ao homem o exercício e o reconhecimento de sua condição de titular de direitos fundamentais na sociedade em que vive. Como bem ressalta Ingo Sarlet, *com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em um direito fundamental de toda pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconhecem, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade.*<sup>11</sup>

A dignidade é um macroprincípio sob o qual estão contidos e irradiam outros princípios essenciais, entre eles a igualdade e alteridade, conforme ressalta Rodrigo da Cunha Pereira. Apesar da noção de dignidade estar vinculada à evolução do Direito privado, também se tornou um dos pilares do Direito público. É fundamento primeiro da ordem constitucional e consequentemente vértice do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal, no artigo 1º, III, não define dignidade da pessoa humana, mas traz a indicação de que deve ser buscada ou preservada pelo Estado Brasileiro. A dignidade humana teve origem em Immanuel Kant, ao argumentar, em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785),<sup>12</sup> que o homem não deve jamais ser transformando num instrumento para a ação de outrem.

<sup>10</sup>ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. P. 69.

<sup>11</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 97.

<sup>12</sup>KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1 (Coleção Os Pensadores). P. 139/140.

Dotado de consciência moral, o homem tem um valor que o torna sem preço e o coloca acima de qualquer especulação material, acima das coisas. O valor intrínseco que faz do homem superior às coisas é a dignidade, por isso o homem é considerado pessoa e não coisa. As coisas tem preço, as pessoas tem dignidade.<sup>13</sup>

No mundo jurídico a expressão “dignidade da pessoa humana” é recente. Apesar de já utilizada na Constituição Italiana em 1947 (art. 3º), o seu marco inaugural está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Em 1949, a Constituição da Alemanha, em seu art. 1.1, proclamou que: *A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público*. A partir daí todas as constituições democráticas passaram a utilizar a expressão e colocar o homem como fim e não meio de todas as coisas. A dignidade do homem tornou-se assim indissociável das constituições democráticas, que por sua vez são indissociáveis dos preceitos basilares dos direitos humanos. Os homens são livres e iguais em dignidade e direitos. Demonstra-se, assim, que o direito de família está intrinsecamente ligado aos direitos humanos e à dignidade, o que tem resultado no reconhecimento jurídico da igualdade do homem e da mulher, de outros modelos de constituição de família, e na igualdade dos filhos, independente da origem.<sup>14</sup>

Rodrigo da Cunha Pereira, incluindo a dignidade humana, elenca dez Princípios Fundamentais para o Direito de Família:

- 1 – Princípio da dignidade humana;
- 2 – Princípio da monogamia;
- 3 - Princípio do melhor interesse da criança/adolescente;
- 4 – Princípio da igualdade e o respeito às diferenças;
- 5 – Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal;
- 6 – Princípio da pluralidade de formas de família;
- 7 – Princípio da afetividade;
- 8 – Princípio da solidariedade;
- 9 – Princípio da responsabilidade;
- 10 – Princípio da paternidade responsável.<sup>15</sup>

Além do *princípio da dignidade humana*, que veda qualquer forma de discriminação e confere valor maior à proteção da pessoa humana, reconhecendo sua condição de titular de direitos fundamentais a autorizar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, são também plenamente

<sup>13</sup>CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 114/117.

<sup>14</sup>CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 119/120.

<sup>15</sup>CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 114/253.

aplicáveis o *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*, o *princípio da igualdade* e o *princípio da afetividade*.

O princípio do melhor interesse tem suas raízes nas mudanças ocorridas na estrutura da família nos últimos anos, que passou a valer somente enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus membros. Por isso, deve preservar e proteger integralmente as pessoas que se encontram em situação de fragilidade e em processo de amadurecimento e formação, possuindo este princípio estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, que são de prioridade absoluta. O princípio da igualdade, além da absoluta igualdade entre homem e mulher, importa no mesmo tratamento e isonomia dos filhos, respeitando as diferenças, pouco importando a origem, sepultando definitivamente a velha concepção de ilegitimidade da prole. O princípio da afetividade, decorrente dos princípios adotados na Constituição, rompeu a formalidade para constituição do vínculo familiar, tornando-se o afeto o elemento formador da família e *desbiologizando* a paternidade.<sup>16</sup>

### 3. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade não se encontra expresso, mas está implícito no texto constitucional como elemento agregador e inspirador da família, conferindo comunhão de vida e estabilidade nas relações afetivas.

A família ao longo da história sempre exerceu funções de instituição econômica, religiosa, política e de procriação. Os casamentos eram selados com objetivos econômicos e políticos, desconsiderando o afeto. Os noivos muitas das vezes eram escolhidos pelos pais para selarem interesses econômicos ou políticos.

A partir de meados do século XX a família começou a sofrer profundas modificações com o povoamento das cidades, inserção da mulher do mercado de trabalho, controle da natalidade, direitos conferidos pelo Estatuto da Mulher Casada, acolhimento do divórcio na legislação brasileira e modificação do regime legal de bens. O regime de bens legal deixou de ser da comunhão universal, que importava unicidade do patrimônio do casal, demonstrando o objetivo econômico do matrimônio, passando a ser o de comunhão parcial, que exige esforço comum, ainda que presumido, para comunicabilidade dos bens. A Constituição Federal de 1988 acolheu as transformações sociais e extinguiu a família patriarcal, conferindo direitos e deveres iguais ao homem e à mulher, igualou os filhos e reconheceu outras formas de família.

---

<sup>16</sup>CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 27, 31, 148, 149, 163 e 210.



Diante desta nova estrutura familiar os casais deixaram de ficar presos ao casamento indissolúvel, a mulher não possui mais dependência econômica do marido e os filhos podem ser havidos por outra origem além da biológica. As antigas funções da família desapareceram ou passaram a desempenhar um papel secundário. Assim, a família atual deixou de ser sustentada em razões econômicas, de sobrevivência da mulher ou legitimidade dos filhos, passando o vínculo a ser preponderantemente por motivações afetivas e solidariedade mútua. A própria Constituição Federal *desinstitucionalizou* a família ao priorizar a realização da personalidade na assistência a cada um de seus membros e não na entidade familiar. Assim, a família só faz sentido se é um veículo que promove a dignidade de seus membros, numa estrutura vinculada e mantida preponderadamente por elos afetivos. Conclui-se, portanto, que o afeto familiar, estável e ostensivo, é o elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, conjugal ou parental.<sup>17</sup>

Para Rolf Madaleno, o afeto é a mola propulsora dos laços familiares para dar sentido e dignidade à existência humana. Nos vínculos de filiação e parentesco a afetividade deve estar sempre presente, pois os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, ao contrário, a afetividade pode sobrepor-se aos laços consanguíneos.<sup>18</sup>

Daniella Velloso Pereira e Maria Flávia Cardoso Máximo ressaltam que já não se admite o Direito de Família sem o afeto. Se antes o vínculo biológico possuía maior valor, atualmente o afeto permeou as divisas do Direito e rompeu antigos paradigmas, alicerçando o conceito de família.<sup>19</sup>

Maria Berenice Dias ressalta que o afeto não é fruto do sangue, pois os laços afetivos e de solidariedade derivam da convivência familiar.<sup>20</sup>

O primeiro jurista a vislumbrar no Brasil a importância da afetividade, como valor jurídico na família, foi o professor João Baptista Villela, ainda na década de 1970, quando publicou o artigo *A desbiologização da paternidade*<sup>21</sup> e que se tornou referência aos estudiosos do Direito de Família.

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que em outros trabalhos João Baptista Villela consolidou as noções de afetividade, incluindo a frase de que *o amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações*. Após a Constituição Federal de 1988 vários autores desenvolveram a teoria do professor mineiro, mas foi Paulo Lôbo quem, em 1999, deu ao afeto o *status* de princípio jurídico pela primeira vez. O princípio da afetividade é resultante das mudanças pragmáticas no ordenamento

<sup>17</sup>CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 210/214.

<sup>18</sup>MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 95.

<sup>19</sup>PEREIRA, Daniella Velloso; MÁXIMO, Maria Flávia Cardoso. *Paternidade e Alimentos*. Coord. Luiz Fernando Valladao Nogueira. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. P. 121/122.

<sup>20</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. P. 70/71.

<sup>21</sup>VILLELA, João Baptista. *A desbiologização da paternidade*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 21, 1979.

jurídico da família, revalorizando e redimensionando os princípios como uma fonte do Direito realmente eficaz e de aplicação prática.<sup>22</sup>

Paulo Lôbo conceitua o princípio da afetividade como aquele que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações afetivas e na comunhão de vida, prevalecendo sobre as questões de caráter patrimonial ou de caráter biológico. Ressalta que o princípio é um salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, fazendo despontar a igualdade entre irmãos, pois a verdade biológica nem sempre é a adequada para fundamentar a filiação, bem como o respeito aos direitos fundamentais. O princípio da afetividade está implícito na Constituição na igualdade de todos os filhos, independente da origem (art. 227, § 6º); na adoção como escolha afetiva e alçada integralmente ao plano de igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como família constitucionalmente protegida, incluindo os adotivos; e no direito à convivência familiar (e não a origem biológica) assegurado com prioridade absoluta à criança e ao adolescente.<sup>23</sup>

O Código Civil também faz diversas referências distinguindo paternidade e genética, privilegiando a filiação socioafetiva. O art. 1.593 reconhece o parentesco resultante de consanguinidade ou outra origem; o art. 1.596 iguala, adotando o princípio constitucional, os filhos havidos por consanguinidade ou por adoção; o art. 1.597, V, presume concebidos na constância do casamento os filhos havidos por reprodução assistida heteróloga; o art. 1.605, II, acolhe a posse do estado de filiação como presunção para provar a filiação; o art. 1.614 admite ao filho biológico maior rejeitar o reconhecimento e, ao menor, impugnar ao atingir a maioridade.<sup>24</sup>

A afetividade como vínculo agregador da família se faz presente ainda no Código Civil ao dispor, no artigo 1.511, que o casamento exige plena comunhão de vida, tanto que cessada a convivência, mesmo que mediante apenas separação de fato, termina o regime de bens (art. 1.683). A afetividade prevalece ainda sobre o vínculo formal do casamento ao ser reconhecida a união estável de pessoas casadas separadas de fato (art. 1.723, § 3º).

A Lei Maria da Penha também acolhe o princípio da afetividade ao compreender, no âmbito da família, a comunidade que se forma por pessoas que são *ou se consideram aparentados*, unidos por laços naturais, por afinidade *ou por vontade expressa* (art. 5º, II).

O Estatuto da Criança e do Adolescente também acolheu expressamente o valor jurídico da afetividade na recente Lei 12.010/2009, ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 25 e dispor que compreende-se por família extensa

<sup>22</sup>CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 21/32.

<sup>23</sup>LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 47/48.

<sup>24</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 05 ago/set. 2008. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDIFAM, 2008. P. 7 e 14/15.

os parentes com os quais a criança ou adolescente *convive* e mantém *vínculos* de afinidade e *afetividade*.

O princípio da afetividade, portanto, apesar de não expresso, também se encontra implícito na legislação infraconstitucional, como norma generalíssima a orientar o Direito de Família.

Necessário no princípio da afetividade, em razão de vários equívocos que vêm sendo cometidos, distinguir a afetividade, como valor jurídico, do afeto, como estado psicológico, como sentimento. Da mesma forma que no Direito das Obrigações a vontade como valor jurídico é a conscientemente externada, objetiva, no Direito de Família também não se confundem o afeto, como sentimento, com a afetividade externada por comportamentos, por condutas objetivas.

A afeição, o amor, os sentimentos como estado psíquico são inapreensíveis pelo direito. O afeto é conduta de foro íntimo, consiste em um elemento anímico ou psicológico, é um fator metajurídico que não pode ser regulado pelo direito, apenas pelas normas morais. O afeto, como a vontade, só se torna juridicamente relevante quando externado por condutas objetivas, por comportamentos dos membros de uma entidade familiar demonstradas pela convivência. O princípio da afetividade funciona assim como um vetor que reestrutura a tutela jurídica das famílias, ocupando mais dos laços afetivos exteriorizados para formação do núcleo familiar do que com os laços de sangue ou o formalismo na sua constituição. A teoria do afeto como valor jurídico é externalizada pelas condutas objetiva de cuidados, solidariedade, exercício dos deveres de criar, educar e assistir, demonstradas na convivência familiar.<sup>25</sup>

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues demonstram o afeto como valor jurídico nas manifestações exteriores, diferenciando-o do amor como elemento anímico ou psicológico, que não pode ser alcançado pelas normas das ciências jurídicas:

Não é de (des)amor que se trata o afeto como fato jurídico, mas sim aquele que, quando exteriorizado na forma de comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar, é capaz de gerar eficácia jurídica. Exemplo disso, a posse de estado de filho, geradora do parentesco socioafetivo entre pais e filhos.

Sendo assim, a nosso sentir, o Direito não é capaz de *enxergar* a ausência de afeto, mas é possível que, quando presente a afetividade entre certos indivíduos, condicionante de seu comportamento, caracterizando-o como tipicamente familiar, aí, sim, o Direito reconheça um fato concreto, um acontecimento ao qual ele pode outorgar qualificação e disciplina jurídica: *um ponto de confluência entre a norma e a transformação da*

---

<sup>25</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. P. 194/195.

*realidade: o modo pelo qual o ordenamento se concretiza.*

Por isso, não podemos falar em direito ou dever de afeto. Mas devemos valorizar as manifestações exteriores – condutas e comportamentos – que traduzam a existência do afeto em determinadas relações.<sup>26</sup>

O princípio da afetividade, portanto, resulta da convivência familiar, de atos exteriorizados, de condutas objetivas demonstrando o afeto familiar de seus membros na constituição e manutenção das famílias, capaz de gerar vínculos jurídicos como a parentalidade socioafetiva.

#### 4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA DOS FILHOS

No Direito de Família contemporâneo se percebe o fenômeno da personalização. A família vive sob o desígnio da liberdade e da igualdade, que visam à tutela irrestrita da dignidade de seus membros. Não é mais a instituição da família e especialmente o casamento que é tutelado, mas as pessoas, oferecendo-lhes condições para que possam realizarem-se íntima e afetivamente na família. Entre uma das diversas demonstrações da personalização na família encontra-se a igualdade dos filhos, independente da origem.<sup>27</sup>

Um dos princípios constitucionais no Direito de Família é o da igualdade ou isonomia dos filhos, previsto expressamente no artigo 227, §6º, da Constituição Federal. Regulamenta especificamente na filiação a isonomia constitucional ou igualdade em sentido amplo, prevista no artigo 1.596 do Código Civil, ao também dispor que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, havidos ou não do casamento, restando proibidas quaisquer formas de designações discriminatórias. Assim, juridicamente todos os filhos são iguais, consanguíneos ou não, havidos do casamento ou não, não podendo serem utilizadas mais as expressões de *filho bastardo*, *adulterino*, *espúrio* ou *incestuoso*, por não ser admitida qualquer forma de distinção jurídica.<sup>28</sup>

Uma das maiores inovações no Direito de Família na Constituição, o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos reconheceu expressamente a parentalidade socioafetiva fora dos casos de adoção, incluindo a havida por reprodução medicamente assistida heteróloga e a chamada adoção à brasileira, todos previstos no parentesco por outra origem. A filiação, portanto, atualmente é jurídica e não mais em razão do casamento dos pais

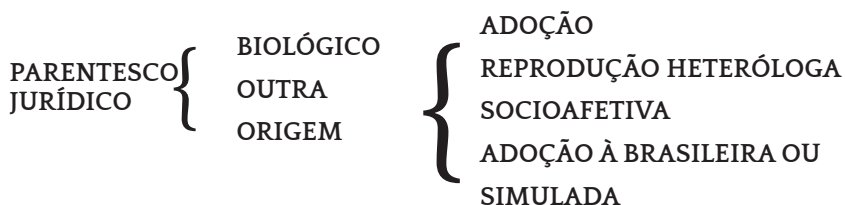
<sup>26</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. P. 196.

<sup>27</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. P. 74/75.

<sup>28</sup>TARTUCE, Flavio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. 'In' *Manual de Direito das Famílias e Sucessões*. Coords. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo pereira Ribeiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 9.

ou por laços de sangue, podendo se dividir em biológica ou por outra origem, que inclui a adoção, a havida mediante reprodução assistida heteróloga, a socioafetiva mediante a comprovação da posse de estado de filho e a adoção à brasileira.<sup>29</sup>

A Constituição Federal de 1988 extinguiu as diferenças entre os filhos e vedou qualquer forma de discriminação ente a filiação biológica e afetiva. A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente coloca o filho como alvo da tutela da pessoa humana para salvaguardar seus direitos fundamentais, priorizando a convivência familiar, biológica ou afetiva, demonstrando a importância da afetividade na família, ressaltando que o filho não é mais *asujeitado*, mas sujeito nas relações familiares.<sup>30</sup> O parentesco hoje é jurídico e não mais consanguíneo ou civil por adoção, possuindo outras origens conforme demonstrado abaixo:



Paulo Lôbo leciona que a igualdade de direitos dos filhos, de origem biológica ou não, é, juntamente com a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges e a liberdade de constituição da entidade familiar, uma das mais radicais e importantes modificações havidas no Direito brasileiro pela Constituição Federal de 1988. Resultou no fim do *apartheid* legal imposto aos filhos, nas odiosas desigualdades e discriminações. Atualmente não se permite qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independente de sua origem. O princípio da igualdade dos filhos retrata a mudança de paradigmas na concepção da família, rompendo o modelo de estruturação da família apenas no casamento, que ocasionava a repulsa aos filhos ilegítimos e a condição inferiorizada dos filhos adotivos.<sup>31</sup>

O princípio da igualdade entre os filhos opera, segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, em dois planos distintos. Em um plano perante o legislador, vedando a criação de normas jurídicas que atribua tratamento distinto aos filhos ou que tenha conteúdo que revele discriminação. No outro plano, a igualdade jurídica da filiação obriga que a lei seja aplicada igualmente a todos aqueles que se encontrem na mesma situação, vedando ao aplicador estabelecer diferenças em razão das origens

<sup>29</sup>CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família: Direito Civil*. P. 12.

<sup>30</sup>CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, guarda e convivência familiar*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. P. 3 e 5.

<sup>31</sup>LÔBO, Paulo. *Famílias*. P. 47/48.

dos filhos ou circunstâncias que não estejam contempladas na norma, como ocorre no parentesco socioafetivo, que produz todos e os mesmos efeitos do parentesco biológico.<sup>32</sup>

## 5. POSSE DO ESTADO DE FILHO

A legislação não reconhece expressamente o parentesco socioafetivo fundado na *posse de estado de filho*, entretanto, é a que deve prevalecer diante da evolução e nova concepção do direito de família, que dá maior valor aos laços afetivos, especialmente para a solução dos conflitos de paternidade.<sup>33</sup>

A filiação biológica ou natural é aquela em que se fundem o sangue do pai e o da mãe, estabelecendo-se a filiação pela consanguinidade. Assim, pai é o que, através da cópula ou fornecimento de sêmem na reprodução medicamente assistida homóloga, fertiliza a mãe; e mãe é aquela mulher que carrega o filho no ventre, gerado que foi de um óvulo seu, e o coloca no mundo,<sup>34</sup> ou, ainda, que planejou a filiação e forneceu o óvulo para ser gerado em uma barriga substituta.

A filiação não biológica, denominada de civil, é a que não se estabelece pelos laços de sangue, admitindo-se o parentesco por *outra origem*, conforme expressão utilizada no artigo 1.593 do Código Civil, ou socioafetiva em sentido amplo.

A legislação brasileira prevê expressamente a filiação por outra origem mediante adoção, regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que se aplica no que couber também na adoção de maiores de dezoito anos (art. 1.619, CC). Prevê também na reprodução medicamente assistida heteróloga, com previsão no artigo 1.597, V, do Código Civil, ao presumir como filhos a inseminação com material genético de terceiros, desde que consentida pelo parceiro.

Apesar de previsto na lei penal como crime dar parto alheio como próprio ou registrar como seu filho de outrem (art. 242, CP), no direito de família a doutrina e a jurisprudência vem considerando válido o reconhecimento de filho não biológico, na chamada *adoção à brasileira*. Assim, veda-se ao pai que praticou o reconhecimento, consciente da falsidade, retificar a filiação. Esta forma também configura parentesco por outra origem.

---

<sup>32</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. P. 193 e 194.

<sup>33</sup>BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade, posse de estado de filho, paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 54.

<sup>34</sup>QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 15.

A filiação socioafetiva em sentido estrito, consistente na posse de estado de filho, não possui previsão expressa, mas tem fundamento na nova estrutura da família brasileira, que considera como elemento agregador a afetividade. A verdade não é mais considerada apenas com fundamento nos laços de sangue, sendo fundamental a integração entre pais e filhos pelo sentimento de afeto.<sup>35</sup> A filiação real, ou verdadeira, deixa de ser biológica e passa a ser cultural, revelando-se numa verdade afetiva construída numa relação paterno-filial consolidada nos laços de afeto, que muitas das vezes não existe na filiação biológica. Sustenta-se no desejo de ser pai ou de ser mãe, de conceber um filho no coração, fruto dos sentimentos cultivados durante a convivência e estabelecendo espontaneamente os vínculos paterno-filial.<sup>36</sup>

O avanço da medicina genética e o domínio do exame consistente na leitura das impressões digitais do DNA, ao contrário de solucionar as investigações de paternidade como a princípio se imaginava, fez surgir questionamentos sobre o valor do vínculo biológico para configurar a verdadeira relação paterno-filial. O melhor interesse do filho e a necessidade de existência de afeto e cuidados nas relações familiares demonstraram que a paternidade biológica não é essencial, sendo valorizada cada vez mais a relação socioafetiva, importando na *desbiologização da paternidade*.<sup>37</sup>

A filiação socioafetiva ocorre quando se demonstra a *posse do estado de filho*, ou seja, quando a aparência faz com que todos acreditem existir uma situação que juridicamente não é verdadeira. Na posse de estado de filho e posse de estado de pai existe uma aparência paterno-filial, uma reciprocidade afetiva entre pai e filho, que juridicamente não são parentes. O Direito não pode desprezar este fato, *esta paternidade que se constrói na convivência e nos vínculos afetivos recíprocos*, que se estabelece no ato de vontade e sedimenta-se no terreno da afetividade. A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse do estado de filho, apresentando a doutrina três aspectos para sua configuração: a) *tratactus*, quando existe tratamento recíproco entre pai e filho e entre os parentes, sendo criado e educado como filho; b) *nominatio*, quando utiliza o nome dos pais e se apresenta como filho; e c) *reputatio*, quando é conhecido pela opinião pública, no meio onde vive, como filho de seus pais afetivos.<sup>38</sup>

A posse do estado de filiação abriga os chamados *filhos de criação*, quando o genitor, apesar da ausência de vínculo biológico e registro, propaga e comporta-se como pai, enquanto o filho também se comporta como descendente, restando presente o vínculo da afetividade.

Paulo Lôbo ressalta que para se projetar no direito, especialmente quanto à filiação, a socioafetividade exige a presença dos seguintes elementos:

<sup>35</sup>DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997. P. 19.

<sup>36</sup>MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. P. 471.

<sup>37</sup>CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família: Direito Civil*. P. 292.

<sup>38</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. P. 371.

a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; d) afetividade.<sup>39</sup>

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues constatarem que hoje existe uma dicotomia entre a filiação biológica e a socioafetividade, um novo valor jurídico advindo da posse do estado de filho. Existe um conflito entre a verdade genética e a convivência que criou laços de afetividade e deixou marcas na construção da personalidade do filho. Ressaltam que o que garante a estruturação de alguém como sujeito, para que se possa firmar como pessoa, é o exercício das funções materna e paterna em sua vida, independentemente de laços consanguíneos. Acrescentam quanto à essência da socioafetiva que:

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade.<sup>40</sup>

## 6. EFETIVIDADE NO RECONHECIMENTO DO PARENTESCO SOCIOAFETIVO

O reconhecimento do parentesco socioafetivo, fundamentado na posse do estado de filho, aos poucos vem sendo reconhecido pelo Judiciário, produzindo os mesmos efeitos da paternidade biológica, em ações declaratórias de paternidade, afastando o argumento desprovido de fundamentação de impossibilidade jurídica. O Código Civil reconhece no artigo 1.593 o parentesco natural, resultante da consanguinidade, ou civil, quando resulta de outra origem, tratando-se de norma aberta, pois não aponta as formas de constituição do parentesco por outra origem. O Tribunal

<sup>39</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões, n. 05, ago/set. 2008. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008. P. 6.

<sup>40</sup>TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. P. 173 e 194.



de Justiça de Minas Gerais já se manifestou sobre a possibilidade jurídica da ação declaratória de paternidade socioafetiva:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA (...). Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva, posto que esta pretensão encontra respaldo no art. 1.593 do CC/02 que prevê que o parentesco não se funda apenas no critério da consanguinidade, mas também no de outra origem, dentre os quais, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, se inclui a paternidade socioafetiva (Des. Elias Camilo – TJMG).<sup>41</sup>

No mesmo sentido também decidiu o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o direito subjetivo de pleitear o reconhecimento da filiação socioafetiva:

Não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo (Ministra Nancy Andrighi – STJ).<sup>42</sup>

E mais: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul priorizou o parentesco socioafetivo sobre o biológico, reconhecendo a importância da afetividade nas relações de família, ao decidir *que configuradas a filiação e paternidade socioafetiva, deve ser desconsiderada a verdade biológica*.<sup>43</sup>

A ministra Nancy Andrighi reconheceu o direito ao reconhecimento da filiação socioafetiva como elemento fundamental da personalidade humana, ao decidir que:

A filiação socioafetiva encontra amparo geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade.<sup>44</sup>

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido pelo acolhimento da filiação socioafetiva, admitindo a possibilidade de ser buscado o

---

<sup>41</sup>TJMG, 3ª CC, AC nº 1.0701.09.260881-2/001. Rel. Des. Elias Camilo. J. 03.12.2009.

<sup>42</sup>STJ, Resp – 1.189.663- RS. Relª Ministra Nancy Andrighi. J. 06.09.2011.

<sup>43</sup>TJRS, 8ª CC, AC nº 70040477960. Rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos. J. 01.12.2011.

<sup>44</sup>ANDRIGHI, Nancy. STJ, Resp. nº 450.566 – RS. Relª Ministra Nancy Andrighi. J. 03.05.2011.

reconhecimento em ação de investigação de paternidade ou maternidade. O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente afasta as restrições na busca da filiação e assegura ao interessado no reconhecimento de vínculo socioafetivo trânsito livre da pretensão. Com efeito, dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente que *o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.*

O artigo 1.593 do Código Civil, já referido, dispõe que *o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.*

O art. 332 do Código Civil de 1916 dispunha, até ser revogado pela Lei 8.560/1992, que *o parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção.*

Constata-se, portanto, que foram ampliadas as hipóteses de parentesco civil para além da adoção, como ocorria no Código anterior ao reconhecer apenas a adoção, justamente para agasalhar a filiação socioafetiva.

No voto referente à súmula já citada do Tribunal Mineiro, o Des. Elias Camilo cita Luiz Edson Fachin para fundamentar que:

A esse respeito, também cumpre transcrever a lição de LUIZ EDSON FACHIN:

“ O contido no art. 1593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens de parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consanguinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora, à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e *principiológica*. (Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 19, mar/abr, 2003, p. 3)”.<sup>45</sup>

Também o Ministro João Otávio de Noronha já fundamentou que *não anula-se registro de nascimento quando o pretense pai sabia que o menor não era seu filho (a chamada adoção à brasileira), pois materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo*

---

<sup>45</sup>CAMILO, Elias. TJMG, 3ª CC. AC nº 1.0701.09.260881-2/001. Rel. Des. Elias Camilo. J. 03.12.2009.

*socioafetivo e sentimento de nobreza. (...) A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito.*<sup>46</sup>

No mesmo sentido, reconhecendo a prevalência da maternidade socioafetiva sobre a biológica, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto da Min. Nancy Andrighi, decidiu, conforme consta da ementa, que:

A filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, 6º da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também 'parentescos de outra origem', conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. (...)

Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, exige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.<sup>47</sup>

Os Enunciados 103 e 256, do Conselho da Justiça Federal, reconhecem o parentesco civil na posse do estado de filho ao disporem que:

Enunciado 103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enunciado 256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Inequívoco, portanto, a efetividade no reconhecimento da afetividade como valor jurídico, autorizando a declaração judicial do parentesco por outra origem, com todas as consequências legais, incluindo direitos a alimentos e sucessórios.

---

<sup>46</sup>NORONHA, João Otávio. STJ. 4ª Turma. REsp. 709.608-MS. Rel. Min. João Otávio Noronha. J. 05.11.2009.

<sup>47</sup>STJ. 3ª Turma. REsp. 1000356-SP. Relª. Min. Nancy Andrighi. J. 25.05.2010.

## 7. CONCLUSÃO

O modelo de família sofreu grandes modificações nas últimas décadas. A família, então matrimonial e patriarcal, único modelo familiar tradicional reconhecido juridicamente, assumiu novas feições e o vínculo agregador formal do matrimônio deslocou-se para a afetividade, unindo as pessoas para que convivam em harmonia em busca da realização pessoal, em diversos arranjos familiares.

Os modelos de família passaram a ser de livre escolha das partes envolvidas, vedando-se qualquer forma de intervenção pública ou privada (vide art. 1.513, CC). Cabe ao casal planejar sua forma de constituição, como, aliás, determina a primeira parte do art. 226, §7º, da Constituição Federal, ao dispor que *fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal*.

Acabou a odiosa discriminação entre filhos legítimos, de criação, bastardos e civil (art. 227, §6º, CF).

O Código Civil de 1916 admitia o parentesco consanguíneo e o civil apenas mediante a adoção (art. 332). O Código Civil de 2002 ampliou a possibilidade de filiação civil para além da adoção, permitindo-se que resulte de outra origem (art. 1.593), o que obviamente inclui o parentesco socioafetivo (os filhos do coração).

Os direitos humanos foram reconhecidos e positivados na Constituição Federal, garantindo-se os direitos fundamentais, dentre eles, como já ressaltado, o respeito à dignidade e à liberdade de constituição de família sem necessidade de vínculos de consanguinidade.

A afetividade transformou-se no elemento essencial e aglutinador para configuração da família.

A norma jurídica, entretanto, não consegue acompanhar a evolução e as transformações da família moderna, regulando todas as relações sociais e afetivas. É necessário cada vez mais adotar uma discussão *principlológica* no Direito de Família para adaptar essas novas relações em uma realidade jurídica, buscando, como fez Rodrigo da Cunha Pereira, princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.

Dentre essas novas relações surgidas nos diversos arranjos familiares surgem os filhos sem laços de sangue ou vínculo da adoção.

As famílias recompostas hoje é uma realidade na sociedade brasileira, resultante da união de casais com filhos de relações anteriores e que passam a vivenciar uma nova família. Surgem fortes laços afetivos e recíprocos de filiação/paternidade com o novo parceiro do genitor, vínculo que muitas vezes se mantém mesmo após a separação do casal. Da mesma forma crianças e adolescentes são acolhidos em famílias e criados como filhos sem

regularizar a situação jurídica, os chamados *filhos de criação*, tão comum na sociedade brasileira.

Necessário, diante desse pluralismo familiar e ausência de legislação específica para regularizar a situação jurídica dos filhos de criação, buscar nos princípios fundamentais um norte para o Direito de Família. Para tanto deve aplicar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade jurídica dos filhos independente da origem e, principalmente, o princípio da afetividade, como elemento formador e de manutenção da família, para proteger e regularizar juridicamente a filiação dos filhos de criação.

A afetividade surge assim como valor e princípio a autorizar o reconhecimento jurídico da parentalidade socioafetiva, diante da posse do estado de filho, que se caracteriza pela relação afetiva paterno/filial, ostensiva, duradoura.

A possibilidade jurídica do pedido de declaração de paternidade socioafetiva deve ser reconhecida nos tribunais. No momento em que alguém assume o papel de pai/mãe e outro assume o papel de filho, surge a posse do estado de filiação, por força da convivência familiar afetiva, e em consequência a relação de parentesco paterno/filial de origem não biológica, cabendo ao Judiciário declará-la para produção de todos os efeitos jurídicos, conferindo efetividade à afetividade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

ANDRIGHI, Nancy. STJ. Resp. nº 450.566 – RS. Relª Ministra Nancy Andrighi. J. 03.05.2011. BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade, posse de estado de filho, paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CAMILO, Elias. TJMG, 3ª CC. AC nº 1.0701.09.260881-2/001. Rel. Des. Elias Camilo.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, guarda e convivência familiar*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família: Direito Civil*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1 (Coleção Os Pensadores).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 05 ago/set. 2008. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRA, Fernanda de Melo. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 2ª ed. Coords.: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Artigo: *A Guarda e a Convivência Familiar como instrumentos veiculadores de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NORONHA, João Otávio. STJ. 4ª Turma. REsp. 709.608-MS. Rel. Min. João Otávio Noronha.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, v. 5, Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Daniella Velloso; MÁXIMO, Maria Flávia Cardoso. *Paternidade e Alimentos*. Coord. Luiz Fernando Valladão Nogueira. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STJ. 3ª Turma. REsp. 1000356-SP. Relª. Ministra Nancy Andrighi.

STJ. Resp – 1.189.663- RS. Relª. Ministra Nancy Andrighi.

TARTUCE, Flavio. *Novos princípios do direito de família brasileiro. 'In' Manual de Direito das Famílias e Sucessões*. Coords. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo pereira Ribeiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TJMG. 3ªCC. AC nº1.0701.09.260881-2/001. Rel. Des. Elias Camilo.

TJRS, 8ª CC. AC nº 70040477960.Rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos.

VILLELA, João Baptista. *A desbiologização da paternidade*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 21, 1979.

# O INVENTÁRIO POR ESCRITURA PÚBLICA APÓS 7 ANOS DE VIGÊNCIA DA LEI 11.441/07

**Christiano Cassettari**

Doutor em Direito Civil pela USP e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Notarial e Registral pela PUC-MG. Professor de Direito Civil no curso de graduação da Universidade São Judas Tadeu. Membro e Diretor Cultural do IBDFAM-SP (Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seccional de São Paulo). Advogado em Direito de Família e Sucessões. Autor do livro “Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública: Teoria e Prática”, publicado pela Editora Método, que se encontra na 6ª edição, Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos, pela Ed. Atlas, “Elementos de Direito Civil”, pela Ed. Saraiva, dentre outros.  
[www.professorchristiano.com.br](http://www.professorchristiano.com.br)

No dia 05/01/14, comemoramos sete anos de vigência da Lei 11.441/07, que instituiu a possibilidade de se realizar a separação, o divórcio e o inventário por escritura pública, atendidos certos requisitos.

Todas as pesquisas realizadas neste período mostram que os brasileiros preferem optar pela via extrajudicial nestas situações, atendendo ao movimento de desjudicialização em que se busca retirar do Poder Judiciário certas questões, com o intuito de permitir a concretização destes atos de forma mais ágil e célere.

Exatamente um ano após a entrada em vigor da Lei 11.441/07, os tabelionatos de notas do Estado de SP atingiram a marca de quase 100 mil atos realizados nos 12 primeiros meses de vigência da referida lei. De acordo com os números auferidos pela Central de Escrituras, Separações, Divórcios e Inventários (CESDI), mantida pela seção paulista do Colégio Notarial do Brasil, que abrange as informações dos 897 tabelionatos de notas de todo o estado, foram realizados até o mês de janeiro 2008, um total de 90.772 atos de escrituras de separações, divórcios e inventários. Somente na capital este número atingiu a marca de 29.899 atos. Dentre as novas atribuições praticadas pelos tabelionatos de notas paulistas, a que mais cresceu foram os inventários e as partilhas, que passaram de 77 atos realizados no mês de janeiro de 2007 e chegaram a 61.305 até janeiro de 2008, uma média de 5.100 atos mensais. Na capital, passou-se de nenhum ato em janeiro de 2007 para 18.285 atos em janeiro de 2008.



Porém, mesmo com esse crescente número de escrituras, vários são os problemas enfrentados no dia a dia em decorrência do legislador ter sido demasiadamente econômico, ao dedicar apenas dois artigos para a modalidade de inventário (arts. 982 e 983 do CPC), que, inclusive, já tiveram o seu conteúdo modificado pela Lei 11.965/09. Vários destes problemas foram solucionados por provimentos publicados por Tribunais de Justiça de vários estados, e, posteriormente, pela Resolução 35 do CNJ, que teve por objetivo uniformizar as diversas posições regionais que foram surgindo. Por esse motivo, passaremos a expor alguns desses problemas e as soluções que imaginemos aplicáveis.

A normatização do inventário por via administrativa é feita pelos arts. 982 e 983 do Código de Processo Civil.

O art. 982 do Código de Processo Civil, alterado pela Lei 11.965/2009, estabelece que:

“Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

§ 1.º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Alterado e renumerado pela Lei 11.965/2009)

§ 2.º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (Acréscitado pela Lei 11.965/2009)”

Para que seja feito o inventário pela via administrativa, no tabelionato de notas, o mencionado artigo estabelece certos requisitos. Se os requisitos contidos no art. 982 do Código de Processo Civil não forem respeitados, a escritura será nula, conforme o art. 166, VII, do Código Civil. A ação declaratória de nulidade é imprescritível (art. 169 do Código Civil) e poderá ser proposta por pessoa interessada ou pelo representante do Ministério Público (art. 168 do Código Civil).

Os requisitos que devem ser observados são:

## I. NÃO TER INTERESSADO INCAPAZ NA SUCESSÃO

A incapacidade da pessoa natural não se dá somente se esta não atingiu a maioridade (que é de 18 anos segundo o art. 5.º do Código Civil), mas também se esta possui algum dos problemas descritos nos arts. 3.º

(que elenca os absolutamente incapazes) e 4.<sup>o</sup> (que elenca os relativamente incapazes) do ordenamento civil, que reproduziremos abaixo:

“Art. 3.<sup>o</sup> São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4.<sup>o</sup> São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

Assim, havendo menor de 18 anos não emancipado, ou maior interditado por algum dos motivos descritos acima, o inventário, obrigatoriamente, será judicial.

Vale ressaltar que esta regra também será aplicada na hipótese de herdeiro incapaz representar herdeiro capaz, falecido após a abertura da sucessão, ou se houver cessão de direitos hereditários para cessionário incapaz.

Isto se deve ao fato da análise da incapacidade ser feita no momento da celebração do negócio jurídico (escritura de inventário), e não no momento da abertura da sucessão, por se tratar de ato *inter vivos*.

Desta forma, se faltarem dez dias para que o herdeiro complete a maioridade no momento da abertura da sucessão, o inventário poderá ser feito extrajudicialmente após este prazo, quando o herdeiro completar 18 anos.

Cumprido lembrar que se o cônjuge, concorrente ou não, caso em que ele é considerado herdeiro, for incapaz, ele será interessado na sucessão, motivo pelo qual inviabiliza a realização da escritura. Se o cônjuge for apenas meeiro, acredito que ele também é interessado na sucessão, motivo pelo qual, já que ele deverá participar do inventário para garantir a sua meação, a escritura não poderá ser realizada.

## II. HAVER CONCORDÂNCIA DE TODOS OS HERDEIROS CAPAZES

O texto legal permite a adoção do procedimento *quando um dos herdeiros for menor, mas emancipado*, em razão de já ter adquirido capacidade de fato mesmo não tendo completado 18 anos (idade em que se alcança a maioridade civil, segundo o art. 5.º, *caput*, do Código Civil), uma vez que o legislador preferiu utilizar o termo *capazes*, em vez de *maiores* ou *menores*.

Lembramos que a análise da incapacidade é feita no momento da lavratura da escritura, e não no momento da abertura da sucessão, ou seja, a emancipação pode se dar após a ocorrência da morte do autor da herança, mas antes de ultimado o inventário.

## III. NÃO TER O *DE CUJUS* DEIXADO TESTAMENTO

Esse requisito é polêmico, visto que teremos que analisar o conceito de testamento. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka<sup>1</sup> apresenta o conceito de Ulpiano acerca do testamento, como *o testemunho justo da nossa mente, feito de forma solene para que valha depois da nossa morte*. Brillante o conceito apresentado, haja vista que se encaixa, perfeitamente, no sentido do testamento.

Verificando o citado conceito, é preciso desmistificar a imagem predominante em nossa sociedade de que o testamento possui o objetivo de ser um negócio jurídico que se destina, exclusivamente, a disposições patrimoniais. Vemos no Código Civil que ele possui outras funções, como permitir que o testador:

a) determine a emancipação de filho com no mínimo 16 (dezesseis) anos, exclusivamente por instrumento público, se exercer o poder familiar com exclusividade, conforme permite o art. 5.º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil;

b) determine a instituição de uma fundação (art. 62 do Código Civil);

c) estabeleça a indivisibilidade de um bem divisível de seu patrimônio por um determinado prazo – art. 1.320, § 2, do Código Civil – que será transferido a vários herdeiros, para impossibilitar que eles ingressem com a ação de divisão, descrita no *caput* do citado dispositivo;

<sup>1</sup>CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil. Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 6, p. 263.

d) institua um condomínio edilício sobre bem do seu patrimônio, conforme o art. 1.331 do Código Civil;

e) institua uma servidão sobre um bem imóvel do seu patrimônio, nos moldes do art. 1.378 do Código Civil;

f) institua os direitos reais de usufruto, uso ou habitação sobre um determinado bem, sem modificar a destinação da propriedade para os herdeiros, que pode, mesmo assim, ser feita pelas regras da sucessão legítima;

g) reconheça filhos, independentemente de ter que efetuar disposição patrimonial (art. 1.609, inciso III, do Código Civil);

h) institua bem de família convencional, nos moldes do art. 1.711 do Código Civil;

i) reconheça a existência de uma união estável;

j) institua uma tutela testamentária, nos moldes do art. 1.729, parágrafo único, do Código Civil.

Dessa forma, surge a dúvida: a simples existência de testamento, independentemente do seu conteúdo, impede que o inventário de maiores concordes seja feito por escritura pública?

Entendemos que negativa deva ser a resposta, dado que não há por que impedir que a citada lei tenha alcance, pelo simples fato da existência de testamento que não faça disposição patrimonial.

Qual seria o mal em permitir que seja feito por escritura pública o inventário havendo três filhos capazes, dois maiores de 18 anos e um emancipado por testamento pelo pai ou mãe que exercia o poder familiar de forma exclusiva? Entendemos que nesse caso não haveria necessidade de obrigar as partes, capazes e concordes, a realizarem o inventário judicial se o testamento foi celebrado com o único objetivo de dar capacidade ao filho menor, e a sua eficácia dependerá, somente, da sua averbação no Registro Civil, nos moldes do art. 9.º, II, do Código Civil.

Obviamente que o testamento necessitará do “cumpra-se” que será dado pelo juiz, para que o mesmo possa produzir efeito, mas isso não exige o inventário judicial já que na disposição de última vontade não havia disposição patrimonial.

Há, ainda, notícias de pessoas que utilizam o testamento com o intuito exclusivo de tornar públicos determinados fatos que não tiveram coragem de dizer em vida, como pedir perdão a um ente querido por alguma briga que afastou a convivência entre ambos, motivo pelo qual não se poderiam *apenar* os herdeiros capazes e concordes nesse caso com a obrigatoriedade de realizar o inventário judicial.

Essa nossa posição, defendida desde a primeira edição desse livro, foi adotada pelo Juíz da 7 Vara da Família e Sucessões do Foro Central Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, Dr. Fabiano da Silva Moreno, ao proferir sentença nos autos do processo 0052432-70.2012.8.26.0100, em 05 de fevereiro de 2013.

São suas palavras, proferidas na referida sentença:

“Em verdade, o testamento que não contém disposições de caráter patrimonial é cumprido fora da esfera do processo de inventário. Assim, no exemplo acima, se no testamento há reconhecimento de um filho, e este, assim como os demais herdeiros, é maior, capaz e concorde, basta que faça o inventário extrajudicial, juntamente com os demais herdeiros, e as demais regularizações de sua situação de filiação são tomadas na esfera própria (do registro civil). Diante de toda a fundamentação acima, concluímos que é possível realizar o inventário extrajudicial mesmo havendo testamento, desde que (1) o testamento não contenha disposições patrimoniais; ou (2) o testamento disponha dos bens de forma a legá-los para pessoas maiores e capazes excluídas as fundações.”

Assim, entendemos que quando o legislador menciona que *havendo testamento* proceder-se-á ao inventário judicial, isso deverá ocorrer somente quando houver previsão expressa sobre disposição patrimonial que impeça a aplicação da sucessão legítima, alterando as regras de transferência da propriedade aos herdeiros legítimos, sob pena de chegarmos ao cúmulo de impedir que o inventário extrajudicial ocorra, por exemplo, no caso de o testador ter feito um testamento para revogar um anterior, para que em sua sucessão sejam aplicadas as regras da sucessão legítima.

Agora, se o testamento com disposição patrimonial deixado pelo *de cujus* for invalidado, nesta hipótese o inventário poderá ser feito extrajudicialmente sem problema algum.

Diante disso, em fevereiro de 2013, a Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, inclui nas Normas de Serviço do Extrajudicial, o seguinte dispositivo:

129. É possível a lavratura de escritura de inventário e partilha nos casos de testamento revogado ou caduco ou quando houver decisão judicial, com trânsito em julgado, declarando a invalidade do testamento.

129.1. Nessas hipóteses, o Tabelião de Notas solicitará, previamente, a certidão do testamento e, constatada a existência de disposição reconhecendo filho ou qualquer outra declaração irrevogável, a lavratura de escritura pública de inventário e partilha ficará vedada e o inventário far-se-á judicialmente.

Verifica-se, assim, que nossa posição foi integralmente aceita pela Corregedoria de SP, e que a mesma acabou sendo incluída nas Normas de Serviço, permitindo, assim, que o Tabelião do Estado de SP possa lavar o ato com mais tranquilidade.

Acreditamos que essa regra em breve estará nas normas de serviços de todos os estados brasileiros, para que toda a população possa se beneficiar dela, permitindo que nesses casos o inventário possa ser feito, também, em cartório.

Desta forma, ao fazer o inventário extrajudicial, necessário será que os herdeiros apresentem certidão negativa do Colégio Notarial do Brasil (Conselho Federal) que demonstre a inexistência de testamento, ou que, caso exista, comprovem que ele não apresenta disposição patrimonial. Cumpre lembrar que por força do Provimento 18 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 28 de agosto de 2012, foi criada a CENSEC (Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados), que está recebendo, de todos os tabelionatos de notas do país, informação, duas vezes ao mês, das escrituras que foram lavradas de testamento, separação, divórcio, inventário e mandato, afim de que se tenha um banco de dados nacional, integrado, da existência desses atos, com informação disponível aos tabeliães e registradores. O endereço eletrônico da CENSEC na internet é [www.censec.org.br](http://www.censec.org.br).

Com isso já temos uma única central que congrega todas as informações acerca das escrituras dessa natureza, lavradas em todo o território nacional.

Porém, em razão da existência de um cronograma de datas para que os tabeliães informem os atos pretéritos, já que os futuros já estão sendo enviados, e que segundo o art. 16 do citado provimento vai até 31 de janeiro de 2017, até lá, recomenda-se que as certidões das entidades locais de cada estado não sejam desprezadas, pois nela é que se possui as informações mais atualizadas sobre a existência ou não de testamento.

Mesmo assim, sugerimos aos notários que insiram nas escrituras declaração dos herdeiros que desconhecem a existência de testamento, sob as penas da lei.

#### **IV. A OBRIGATORIEDADE DE PARTILHAR TODOS OS BENS DEIXADOS PELO FALECIDO, COMO FORMA DE VEDAÇÃO A PARTILHA PARCIAL;**

Se os herdeiros concordarem com a divisão de uma parte do patrimônio e discordarem sobre a outra, não se poderá fazer a escritura de inventário na

parte em que há concordância e o inventário judicial na parte em que há discordância.

A concordância não pode ser parcial, sob pena de se estimular a aceitação parcial, vedada pelo art. 1.808 do Código Civil, ou ainda a fraude contra credores do *de cuius*. Isso sem contar que haveria violação à regra expressa de que a herança permanece indivisível até a partilha total dos bens, conforme estabelece o art. 1.791, parágrafo único, do Código Civil.

Discordam desse entendimento a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, o Colégio Notarial do Brasil e a Anoreg, que firmaram entendimento no sentido de ser possível a ocorrência da partilha parcial.

Haveria um risco enorme de permitir que herdeiros desejassem partilhar somente bens que sejam considerados *interessantes* e que não seja feito o inventário judicial de bens *desinteressantes*, que possuam dívidas tributárias, por exemplo, sob a alegação de que não há consenso entre os herdeiros. Mesmo os herdeiros, sendo responsáveis pelo pagamento de dívidas do *de cuius*, poderiam alienar o seu patrimônio, impedindo, desta feita, que a execução dos credores tenha êxito.

Reconhecemos que o nosso posicionamento é minoritário e que será difícil a fiscalização do tabelião acerca da realização de partilha parcial. Por este motivo, entendemos ser necessária a criação de uma central que possa unificar as escrituras realizadas em todo o País para que tal procedimento seja inibido, senão poderíamos ter um inventário feito em vários tabelionatos, em momentos diferentes, ao arrepio da lei.

A Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu que a partilha parcial é hipótese excepcional, devendo o notário descrever na escritura o motivo da sua realização, já que a sonegação de bens do inventário é proibida, vejamos a regra:

119. (...) É admissível o inventário com partilha parcial, embora vedada a sonegação de bens no rol inventariado, justificando-se a não inclusão do(s) bem(ns) arrolado(s) na partilha.

Para se evitar que a partilha parcial seja realizada, o Tribunal de Justiça do Pará obriga que os tabeliães exijam a última declaração de imposto de renda do falecido, objetivando verificar se todos os bens estão sendo inventariados. Assim se evita fraude, motivo pelo qual sugerimos aos notários de outros estados que tomem a mesma providência.

Por esses motivos, discordamos do entendimento que prega ser possível a realização de partilha parcial.

## V. A PRESENÇA DO ADVOGADO COMUM A TODOS OS INTERESSADOS, OU QUE CADA UM SEJA REPRESENTADO PELO SEU DE FORMA INDIVIDUAL, OU AINDA QUE AS PARTES ESTEJAM ASSISTIDAS POR DEFENSOR PÚBLICO

O advogado é indispensável à administração da justiça, conforme estabelece o art. 133 da Constituição Federal, motivo pelo qual andou bem o legislador ao estabelecer tal requisito para que o profissional da advocacia possa auxiliar as partes na realização desta escritura e resguardar os seus direitos.

A Lei 11.965/2009 alterou o art. 982, § 1.º, do Código de Processo Civil, para instituir a obrigatoriedade de as partes serem representadas não só pelo advogado, mas também pelo defensor público.

Entendemos que tal inclusão foi desnecessária, haja vista que o defensor público é um advogado concursado, e que defende os interesses do Estado em diversos segmentos, tais como na assistência jurídica aos necessitados. Por esse motivo é que o art. 8.º da Resolução 35 do CNJ já determinava mesmo antes dessa mudança:

“Art. 8.º É necessária a presença do advogado, dispensada a procuração, ou do defensor público, na lavratura das escrituras decorrentes da Lei 11.441/07, nelas constando seu nome e registro na OAB”.

O Colégio Notarial do Brasil, em suas recomendações, estabelece que, se as partes comparecerem sem advogado, o tabelião não deverá indicar um profissional, devendo recomendar às partes que procurem um advogado de sua confiança ou, se não tiverem, recorram à OAB. Reverencia-se a atitude do Colégio Notarial do Brasil de preocupar-se, de antemão, com essa questão, pela respeitabilidade que possui para com os notários de todo o Brasil.

O mesmo posicionamento teve a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo que, na conclusão 3.2, vedou aos tabeliães a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer, para o ato notarial, acompanhadas de profissional de sua confiança. Na conclusão seguinte, que recebeu o número de 3.3, a recomendação foi no sentido de que, se as partes não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o tabelião deverá recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a OAB.

Assim, como já concluímos anteriormente, não poderá o tabelião indicar um advogado às partes, ou até mesmo manter um advogado de



plantão no tabelionato, por ser tal conduta antiética e incompatível com o exercício da advocacia.

## REFERÊNCIAS

CASSETTARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil*. 2<sup>o</sup> ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos*. São Paulo, Atlas, 2014.

CASSETTARI, Christiano. *Separação, Divórcio e Inventário por Escritura Pública: Teoria e Prática*. 6<sup>o</sup> ed. São Paulo, Método, 2013.

# PROVA NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA E NO PROJETO DO CPC: ÔNUS DA PROVA, PROVAS ILÍCITAS E ATA NOTARIAL

Fernanda Tartuce<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Relevância do tema. 2. Ônus da prova no regime clássico (Código de Processo Civil vigente). 3. Carga dinâmica da prova no projeto de Novo CPC. 4. Provas ilícitas em demandas familiares. 5. Ata notarial. 5.1. Regramento atual e no projeto de Novo CPC. 5.3. Uso da ata notarial em processos de família. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

## 1. RELEVÂNCIA DO TEMA

Se crermos, como Aristóteles, que “a dúvida é o princípio da sabedoria”, poderemos considerar que as demandas familiares constituem fonte importante para o alcance de tão almejada virtude.

Nos processos de família a dificuldade probatória é marcante. Além de haver a natural ocultação de fatos desfavoráveis por seus causadores (como ocorre em toda lide), há ainda mais obstáculos porque nem sempre é possível demonstrar o que ocorreu na intimidade do lar; quando há testemunhas, por exemplo, elas tendem a ser impedidas, suspeitas ou incapazes.

O assunto, portanto, merece atenção por parte dos jurisdicionados e dos aplicadores do Direito, já que alegar e não provar conduz à improcedência do pedido, consequência drasticamente negativa para o litigante.

---

<sup>1</sup>Doutora e Mestre em Direito Processual pela USP. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Professora e Coordenadora de Processo Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Advogada orientadora do Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto. Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Presidente do Conselho do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Mediadora e autora de obras jurídicas.

## 2. ÔNUS DA PROVA NO REGIME CLÁSSICO (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE)

Pelo *princípio do ônus da prova*, cada parte deve provar suas afirmações para vencer a causa (ou ao menos não ficar em demasiada desvantagem ao final do processo). A quem alega o fato incumbe prová-lo em juízo, sendo tal premissa a responsável pela distribuição do encargo de provar prevista na regra geral sobre o tema no Código de Processo Civil<sup>2</sup>.

Nessa clássica perspectiva, o ônus da prova sempre foi cotejado considerando-se a liberdade do indivíduo de realizar (ou não) atos previstos na norma jurídica para satisfazer seu próprio interesse<sup>3</sup>.

Quando se fala em ônus, considera-se que o onerado escolhe entre satisfazê-lo ou não<sup>4</sup>. Caso ele seja omissivo e não faça todo o possível para produzir a prova, deve “suportar os riscos decorrentes de sua inatividade, ainda que, com isso, excepcionalmente, a decisão não corresponda à verdadeira situação substancial”<sup>5</sup>.

Como bem lembra Camilo Zufelato, ao considerar a distribuição estática do ônus da prova “parte-se da premissa de que as partes litigam em condições equânimes de acesso à prova”, sendo “oneradas de modo formalmente equilibrado, sem qualquer compensação substancial, decorrente de uma desigualdade substancial”<sup>6</sup>.

Ocorre, porém, que nem sempre querer é poder: frequentemente o litigante não consegue se desincumbir do ônus de provar por faltarem condições para tanto.

Quando no processo atua um litigante vulnerável, ele pode acabar não produzindo a prova em razão de suas dificuldades pessoais. Nesse caso, não descumpra o ônus por opção, mas por óbices aos quais não deu causa, não decorrendo sua inércia de um ato livre, mas de circunstâncias<sup>7</sup> inevitáveis.

Nesse cenário, distribuir os encargos de provar a partir dos critérios clássicos não colabora para que se descubra a verdade e se alcance um resultado justo, inviabilizando o acesso da parte à justiça<sup>8</sup>; ao ponto, questiona Susana Cremasco:

---

<sup>2</sup>CPC, art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>3</sup>CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315.

<sup>4</sup>PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 213.

<sup>5</sup>CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 331.

<sup>6</sup>ZUFELATO, Camilo. *Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte I*. Jornal Carta Forense, edição de 03/01/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-i/8117>. Acesso 20 jun. 2014.

<sup>7</sup>TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. RJ: Forense, 2012, p. 318.

<sup>8</sup>CREMASCO, Susana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. São Paulo: GZ, 2009, p. 80.

... o que o jurisdicionado pode esperar de um instrumento que não só não dispõe de mecanismos aptos a revelar a verdade, como não o auxilia e não o socorre nessa função e, ainda, impõe-lhe um resultado desfavorável mesmo quando é ele – e só ele – quem, à luz fatos ocorridos, pode ter razão no conflito ajuizado<sup>9</sup>?

É relevante, assim, considerar um sistema processual em que não haja apenas distribuição clássica do ônus da prova, mas no qual o jurisdicionado possa contar, para a descoberta dos fatos relevantes para a causa, com a contribuição de quem tem melhores condições de comprová-los.

### 3. CARGA DINÂMICA DA PROVA

#### 3.1. CONCEITO

Felizmente, importantes avanços sobre a temática da prova vêm marcando a ciência processual ao longo do tempo, merecendo destaque o advento da teoria denominada *cargas probatorias dinâmicas*, desenvolvida por Jorge Peyrano na Argentina; tal teoria

... sustenta a necessidade de definição casuística e pontual de qual parte será onerada, segundo as condições de produzir a prova de cada uma delas e também pela proximidade da prova. Essa teoria é fortemente calcada na ideia de desigualdade das partes, e portanto sugere um sistema que as iguale segundo a dinâmica do caso concreto e das peculiaridades da capacidade probatórias das partes<sup>10</sup>.

Pela distribuição dinâmica do ônus da prova, a parte com melhores condições de provar os fatos pertinentes deve aportar a juízo os elementos de que dispõe, colaborando com a Justiça<sup>11</sup>. Como afirma Camilo Zufelato, um de seus efeitos é que uma das partes deverá apresentar prova de alegação feita pela outra parte, segundo “uma intervenção judicial, pontual e concreta, alterando uma distribuição legal”<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup>Prossegue a autora: “Para o jurisdicionado, o fim natural do processo não pode ser outro senão o alcance da verdade e a obtenção de uma sentença justa, condizente com a realidade dos fatos que ele viveu, jamais um jogo no qual se ganha pela astúcia e se perde pela desídia ou pela dificuldade técnica e probatória do outro litigante” (CREMASCO, Susana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, cit., p. 80).

<sup>10</sup>ZUFELATO, Camilo. Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte I. *Jornal Carta Forense*, edição de 03/01/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc--parte-i/8117>. Acesso 20 jun. 2014.

<sup>11</sup>TARTUCE, Fernanda. Igualdade e vulnerabilidade no processo civil. RJ: Forense, 2012, p. 207.

<sup>12</sup>Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte II (conclusão). *Jornal Carta Forense*, edição de 12/02/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276>. Acesso 20 jun. 2014.

Evidentemente, referida consideração parte da ideia de um modelo processual publicista e colaborativo, pois a visão liberal do processo repudia a interferência judicial no processo para suprir “problemas” das partes.

Como destaca Eduardo Cambi, facilitar a demonstração da prova com base em argumentos técnicos promove adequadamente a *isonomia* entre os litigantes e realça o princípio da *solidariedade*, presente no dever de colaboração para a *descoberta da verdade*, de litigar de boa-fé e de prevenir/reprimir atos contrários à dignidade da justiça<sup>13</sup>.

Apesar de inexistir previsão legal, a teoria tem se concretizado no Brasil a partir da doutrina e de decisões proferidas em diversas demandas, como as que envolvem responsabilidade de médicos<sup>14</sup>, contratos bancários<sup>15</sup> e casos nos quais, a despeito de não se tratar de relação de consumo, é mais fácil para o réu do que para o autor provar o fato constitutivo do direito<sup>16</sup>.

Obviamente a distribuição dinâmica do ônus da prova não precisa ficar reduzida às hipóteses indicadas, tendo potencial para colaborar “em outras situações concretas em que a tutela do direito material não pode ser prejudicada pela dificuldade ou impossibilidade de prova, sob pena de valorizar mais o meio (prova) do que o fim (proteção dos direitos)”<sup>17</sup>.

### 3.2. PREVISÃO NO PROJETO DE NOVO CPC

O Novo CPC contempla a repetição da distribuição clássica e estática<sup>18</sup> do ônus da prova. Enseja considerável inovação, contudo, ao trazer regra sobre a possível distribuição diversa do ônus da prova nos seguintes termos:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup>CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 342.

<sup>14</sup>Cf. TJ-RS, Embargos Infringentes n. 70017662487 RS, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Odone Sanguiné, j. 31.08.2007.

<sup>15</sup>Cf. TJ-SP, Agravo de Instrumento n. 01450042020138260000, 19ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mario de Oliveira, j. 16.12.2013.

<sup>16</sup>CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 344.

<sup>17</sup>CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, cit., p. 346.

<sup>18</sup>Nos termos do art. 380 do texto projetado, “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”; tal regra repete a previsão do artigo 333 do Código vigente.

<sup>19</sup>Eis o teor do art. 380, § 1º do Código projetado.

Preocupada com eventuais dificuldades geradas pela aplicação do dispositivo, afirma o § 2º do artigo 380 que a decisão prevista em tal regra “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Como bem pontua Camilo Zufelato, o processo civil encontra-se em um momento de expansão dos poderes do juiz na condução do processo, seguindo tendência observada em países como a Inglaterra. No caso do dispositivo, observamos exatamente uma concessão de poder ao juiz para definição caso a caso do ônus da prova; tal poder não se revela excessivo porque busca promover o equilíbrio de forças entre os litigantes<sup>20</sup>.

Por outro lado, cuidados processuais devem cercar a aplicação da teoria e, felizmente, eles foram previstos pelo dispositivo. É necessário que haja uma decisão fundamentada sobre a distribuição do ônus com a indicação de motivos concretos e precisos para que ela se opere a fim de cumprir a exigência constitucional da fundamentação e ainda possibilitar que a pessoa incumbida de prova possa questionar esse dever em grau recursal. Temos, assim, uma regra de procedimento, e não apenas de julgamento, que observa o respeito ao contraditório e à ampla defesa<sup>21</sup>.

### 3.3. APLICAÇÃO DA CARGA DINÂMICA EM DEMANDAS FAMILIARES

Em demandas familiares pode haver a aplicação diferenciada do ônus de prova em diversas situações.

Caetano Lagrasta aponta a relevância da distribuição dinâmica da prova em demandas familiares quando constatada a hipossuficiência econômica ou técnica de algum dos litigantes com vistas a concretizar a isonomia entre eles<sup>22</sup>.

O autor aponta como exemplos de circunstâncias em que enorme dificuldade probatória pode se verificar as demandas sobre apuração da paternidade (em que há limitada atuação das partes para a descoberta da verdade), de alimentos em face de genitores com renda desconhecida (como profissionais liberais e trabalhadores autônomos) e de litigantes pobres que necessitam de alimentos provisórios para propor e sustentar a demanda<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup>Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte II (conclusão). *Jornal Carta Forense*, edição de 12/02/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276>. Acesso 20 jun. 2014.

<sup>21</sup>Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte II (conclusão). *Jornal Carta Forense*, edição de 12/02/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276>. Acesso 20 jun. 2014.

<sup>22</sup>LAGRASTA NETO, Caetano. Diálogos de um juiz. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 283.

<sup>23</sup>LAGRASTA NETO, Caetano. Diálogos de um juiz, p. 284-288, passim.

Merecem destaque alguns precedentes sobre ações de alimentos em que o magistrado sensibilizou-se ante a dificuldade probatória, reconheceu a dificuldade insuperável do litigante e aplicou diferenciadamente a distribuição do encargo instrutório.

Como bem consta em julgado relatado por Raduan Miguel Filho, “as necessidades do filho menor de idade são presumidas, competindo aos genitores lhes prestar assistência”, constituindo “encargo do alimentante provar que não reúne as condições de prestar os alimentos no percentual fixado<sup>24</sup>”.

Na mesma linha assim restou decidido em acórdão do Tribunal mineiro,

O alimentando não pode ficar à mercê da disposição do réu em contribuir com a comprovação das suas reais possibilidades, havendo o Julgador, nesses casos, de se orientar pelos elementos existentes nos autos, e com base em seu prudente critério, equalizar a pensão no valor que melhor se compatibilizar com a realidade das partes<sup>25</sup>.

Por fim, merece apontamento a iniciativa do Tribunal de Justiça gaúcho que se posicionou de forma mais ampla elaborando, como uma das conclusões de seu Centro de Estudos, o enunciado de n. 37: “em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado”.

#### 4. PROVAS ILÍCITAS EM DEMANDAS FAMILIARES

À luz do sistema processual, são vedadas no processo civil as provas obtidas por meios ilícitos e moralmente ilegítimos. A previsão infraconstitucional é coerente com a Constituição Federal que cria restrições à atividade probatória para proteger a privacidade, a intimidade e o devido processo legal<sup>26</sup>.

Acontece, porém, que na instrução dos processos de família pode ser necessário reconstituir situações que se verificaram na intimidade do lar (como atos de alienação parental) ou ter acesso a dados ocultados deliberadamente por seus detentores (como aqueles ligados à possibilidade financeira do devedor alimentar).

---

<sup>24</sup>TJRO, APL 0008471-30.2011.8.22.0002; Rel. Des. Raduan Miguel Filho; Julg. 28/08/2012; DJERO 06/09/2012; Pág. 74.

<sup>25</sup>TJMG, 1.0433.12.003241-5/001, Rel. Des. Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, pub. 28/02/2013.

<sup>26</sup>TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 95.

Para descobrir e/ou revelar o que efetivamente aconteceu, há iniciativas como a contratação de detetive particular, a instalação de escuta telefônica, a provocação de flagrantes... tais ocorrências ensejam questionamento relevante: até que ponto essas provas podem ser aceitas no juízo da família?

Não há como negar que nas demandas de família a dignidade desponta como valor maior digno de proteção; por essa razão, Rolf Madaleno consigna a “possibilidade de relativização da garantia constitucional de vedação da prova ilícita, quando estiver em risco a supremacia dos direitos da pessoa humana, sua honra e sua dignidade<sup>27</sup>”.

Ao abordar a dura temática do uso da prova ilícita no direito de família, para alguns doutrinadores, principalmente em caso de guarda, seria admissível o excepcional uso de meios usualmente rechaçados por envolver a demanda questão de “alta carga de valores<sup>28</sup>”.

Assim, em diversos casos da prática processual familiar os magistrados têm permitido o uso de meios de prova reputados vedados porque “antes de mais nada cuidam, de fato, de buscar a necessária verdade, valendo-se, enfim, da compreensível relativização da proibição constitucional de uso da prova dita ilícita, especialmente no juízo familiarista, sempre que se mostrarem relevantes para a justa solução da demanda<sup>29</sup>”.

Para exemplificar tal tipo de situação, vale a pena considerar a polêmica situação de quebra do sigilo bancário para obter dados indisponíveis a uma das partes a partir de decisões sobre o tema.

Em demanda sobre alimentos, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não ser absoluta a inviolabilidade dos dados bancários, cabendo sua flexibilização em casos excepcionais:

Assim, em se tratando de matéria atinente ao direito de família, visando resguardar o direito da criança à percepção de alimentos do pai, pode ser deferido o pedido de requisição das informações bancárias do alimentante que, sendo trabalhador autônomo, não esclarece os seus reais rendimentos e, assim, inviabilizando a mensuração de suas possibilidades econômico-financeiras<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup>MADALENO, Rolf. A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilcita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

<sup>28</sup>TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao Direito de Família*, p. 95.

<sup>29</sup>MADALENO, Rolf. A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilcita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

<sup>30</sup>TJSC; AI 2013.015080-0; São José; Segunda Câmara de Direito Civil; Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa; Julg. 08/07/2013; DJSC 16/07/2013; Pág. 243.



A excepcionalidade da medida também foi destacada em precedente do Tribunal goiano: por força do direito fundamental à privacidade, “a ampliação da quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal, por ser medida extrema, somente é autorizada quando inexistem elementos de convicção passíveis de demonstrar a situação econômica da parte”<sup>31</sup>.

Vale destacar que tal tipo de medida pode ser encontrada não só em demandas alimentares como também em ações sobre o fim de entidades familiares.

Assim decidiu o Tribunal de Santa Catarina em caso de separação:

Em se tratando de medida afeta ao direito de família e, pois, de caráter personalíssimo, a garantia referente ao sigilo das operações financeiras, imposto pela Lei Complementar nº 105/2001, há que ter o seu rigor mitigado, possibilitando-se a investigação da titularidade e dos saldos em contas e aplicações, cujos valores integram o rol de bens a partilhar em decorrência da separação do casal e, portanto, em defesa do direito de propriedade da meeira<sup>32</sup>.

Em causa sobre a dissolução de união estável (com pedidos também de partilha e alimentos), o Tribunal de Justiça mineiro decidiu ser legítima a pretensão da parte autora de ver quebrado o sigilo fiscal e bancário do companheiro por ser esta a via que possibilitava resguardar seu direito a partilha<sup>33</sup>.

Outro questionamento relevante diz respeito às gravações clandestinas, gravações telefônicas promovidas por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, diferentes das interceptações telefônicas que são promovidas por terceiro sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores: elas podem ser admitidas como fontes de prova nas demandas familiares?

Atualmente predomina a posição de ser tal gravação possível (especialmente para o resguardo de direitos), inclusive no âmbito do STF<sup>34</sup>, considerando-se que não há violação de intimidade quando um dos interlocutores é que promove a gravação.

Mais polêmica, contudo, é a gravação realizada por um interessado de conversas ou situações das quais ele não participa. A diferença entre as duas figuras reside, basicamente, na presença ou não no ato comunicativo de

<sup>31</sup>TJGO, AI 0184606-89.2013.8.09.0000; Goiânia; Quarta Câmara Cível; Rel.<sup>º</sup> Des.<sup>º</sup> Elizabeth Maria da Silva; DJGO 09/09/2013; Pág. 244.

<sup>32</sup>TJSC; AI 2013.010811-7; São José; Segunda Câmara de Direito Civil; Rel. Des. José Trindade dos Santos; Julg. 23/08/2013; DJSC 04/09/2013; Pág. 124.

<sup>33</sup>TJMG, AGIN 1.0702.08.520833-9/001; Rel. Des. Edgard Penna Amorim; Julg. 04/07/2013; DJEMG 15/07/2013.

<sup>34</sup>Além de posicionamentos doutrinários consistentes nesse sentido, também o STF vem assim entendendo, conforme demonstra o seguinte julgado: Alegação de existência de prova ilícita, porquanto a interceptação telefônica teria sido realizada sem autorização judicial. Não há interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um dos interlocutores, ainda que com a ajuda de um repórter. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.” (RE 453562 AgR/SP, Ag.Reg. no recurso extraordinário, 2.<sup>ª</sup> Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.09.2008).

pessoa que sabe e promove a gravação (seja ela ambiental telefônica ou por qualquer outro meio).

Em caso interessante, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deixou de admitir como prova da alienação parental gravações feitas por gravador instalado pelo pai na residência na mãe da criança:

O agravante reconhece, na inicial deste recurso, que instalou um gravador no apartamento da agravada para monitorar o modo como ela conduzia a educação da filha e, na sequência, segundo refere, foi surpreendido com diálogos contendo atos de alienação parental, confissão de imputação falsa de conduta criminosa ao agravante pela agravada (fl. 04). Obtidas tais informações, procedeu-se a degravação em ata notarial e a postulação de juntada nos autos, o que foi indeferido pelo magistrado, com o consequente desentranhamento.

Ora, efetivamente, a gravação trazida pelo genitor da menor foi obtida de forma clandestina, tendo em vista que ele mesmo confessa que, deliberadamente, colocou o gravador na casa da ex-companheira para obter informações de como ela educava a filha. Além da violação contida no art. 5º, inc. X da Constituição Federal, o procedimento realizado pelo agravante o foi sem qualquer autorização judicial, o que torna a prova inadmissível<sup>35</sup>.

Não obstante o julgado acima, há outros pronunciamentos judiciais que ponderam os valores em jogo e admitem, em casos excepcionais, a gravação feita por pessoa que não participa da comunicação, inclusive na modalidade de interceptação telefônica.

O jurista Barbosa Moreira, atuando como desembargador, consignou em julgado que a prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas não é ilegal “e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização<sup>36</sup>..

Discussão travada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do sul disse respeito à possibilidade de interceptação telefônica para localização do devedor de alimentos, quando já esgotados outros meios que restaram infrutíferos.

A corrente capitaneada por Maria Berenice Dias entende que se deve ponderar entre as garantias constitucionais da intimidade e da proteção

---

<sup>35</sup>TJ-RJ, Agravo de Instrumento n. 0439779-33.2013.8.21.7000, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 12.12.2013.

<sup>36</sup>TJ-RJ, Ag-7.111, in RBDP 43/137.

integral a crianças e adolescentes, prevalecendo a segunda de forma a permitir a interceptação telefônica<sup>37</sup>.

Em sentido contrário, o Tribunal de Santa Catarina já entendeu pela impossibilidade de tal medida, por ser o sigilo das comunicações cláusula pétrea que encontra ressalva apenas para fins de investigação criminal e instrução processual penal<sup>38</sup>.

Revela-se mais consistente no atual cenário submeter a admissão de tais provas a um exercício de ponderação dos valores em jogo - o que, sabe-se, vale não apenas para questões de admissão de prova, mas para todos os casos em que valores constitucionais entrem em conflito.

Vale anotar que a versão inicial do Projeto do Código de Processo Civil previam que a inadmissão de provas obtidas por meio ilícito seria apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos<sup>39</sup>. Contudo, na versão aprovada pela Câmara neste ano de 2014, tal redação foi suprimida, mantendo-se o *caput* do artigo renumerado para 376, que prevê que “as partes têm direito de empregar todos os meios legais bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”,

A ausência de previsão no novo Código de Processo Civil – cenário, aliás, que já temos hoje - não tem força para evitar que a admissão de provas ilícitas seja apreciada pelo juiz, sendo a técnica de ponderações e o juízo de proporcionalidade princípios constitucionais implícitos e amplamente reconhecidos.

---

<sup>37</sup>O precedente que rompeu o paradigma limitador foi proferido por Maria Berenice Dias (TJ-RS, Agravo de Instrumento n. 70018683508, 7ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 28.03.2007). Posteriormente o mesmo Tribunal aplicou tal entendimento, como se depreende do julgado que recebeu a seguinte ementa: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. FAMÍLIA. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE. DIREITO À SOBREVIVÊNCIA DIGNA DAS ALIMENTANDAS QUE SE SOBREPÕE AO DIREITO À INTIMIDADE DO DEVEDOR. EXECUÇÃO QUE TRAMITA HÁ MAIS DE 12 ANOS, SEM ÊXITO NA LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO NOS ENDEREÇOS DECLINADOS (MAIS DE OITO LOCAIS). EMBARGOS ACOLHIDOS. EFEITO INFRINGENTE CONFERIDO PARA ALTERAR O JULGADO EMBARGADO, DANDO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70047240999 (TJ-RS - ED: 70050246891 RS , Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 08/08/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/08/2012)”..

<sup>38</sup>TJSC, Terceira Câmara de Direito Civil, Relator(a): Fernando Carioni, Processo: AC 245041 SC 2009.024504-1, Julgamento: 13/08/2009.

<sup>39</sup>PL n. 166/2010: A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos.

## 5. ATA NOTARIAL

### 5.1 REGRAMENTO ATUAL E NO PROJETO DO NOVO CPC

O termo desjudicialização, em sentido amplo, é empregado para classificar a iniciativa de adotar procedimentos fora do âmbito do Poder Judiciário. Não obstante a amplitude do termo, o vocábulo “desjudicialização” tem sido empregado para se referir aos procedimentos que podem ser abarcados pelos serviços extrajudiciais, serventias registrais ou tabelionato de notas<sup>40</sup>.

Segundo Leonardo Brandelli, ata notarial é

“o instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o traslada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio”<sup>41</sup>.

Ante a efemeridade de dados e o crescente uso de comunicações eletrônicas, é de suma relevância registrar elementos de prova colhidos no suporte digital como vídeos, mensagens e imagens postadas na internet. Nesse cenário, registrar a ocorrência do fato pela ata notarial é um eficiente meio de perenizar informações que podem desaparecer<sup>42</sup>.

Por meio da ata notarial, o notário certifica ocorrências e acontecimentos com imparcialidade e autenticidade, pré-constituindo prova sobre páginas eletrônicas, *sites* ou outros documentos eletrônicos (como e-mails ou mensagens de celular), fixando um fato. Por esse meio também é possível provar fatos caluniosos, injúrias e difamações<sup>43</sup>.

Como se percebe, trata-se de uma forma interessante de registro - sobretudo porque é robustecida pela fé pública com que é constituída. Sua eficácia *juris tantum* tem o condão de transferir o ônus da prova àquele que pretender provar o equívoco contido no documento público; tal inversão do

<sup>40</sup>TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Medina; Luiz Fux; Luiz Volpe; Pedro Miranda. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC - v.2*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1, p. 429-446. Disponível em [www.fermandatartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fermandatartuce.com.br/artigosdaprofessora). Acesso 20 jun. 2014.

<sup>41</sup>*Teoria geral do direito notarial*. SP: Saraiva, 2011, p. 249. Também para Paulo Roberto Gaiger Ferreira e Felipe Leonardo Rodrigues, “a ata notarial é o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos as coisas, pessoas ou situações para comprovar sua existência, ou o seu estado” (*Ata notarial - doutrina, prática e teoria*, São Paulo, Quatier Latin, 2010, p. 98).

<sup>42</sup>TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*, cit.

<sup>43</sup>TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*, cit.

ônus probatório, por si só, é causa suficiente para tirar dos cobiçosos o desejo de, na esperança de sucesso, deduzirem demandas infundadas<sup>44</sup>.

O legislador que projeta o Novo CPC percebeu a relevância de tal instrumento.

No capítulo das Provas há uma seção<sup>45</sup> específica para contemplar a Ata notarial; tal previsão representa avanço, já que a ata notarial, por sua natureza, é um valioso instrumento probatório para conferir autenticidade aos fatos que o notário afirma terem ocorrido em sua presença<sup>46</sup>.

Há quem diga que a previsão não chega a tipificar a ata notarial como meio probatório no ordenamento porque ela já tinha previsão na Lei n.º 8.935/94; de todo modo, o dispositivo projetado serve para indicar o conteúdo da ata notarial<sup>47</sup>. De todo modo, mesmo sem haver ainda norma expressa a jurisprudência começa a reconhecer a validade do uso da ata notarial para a comprovação de certas ofensas perpetradas no meio eletrônico, como se depreende do seguinte julgado:

DIVULGAÇÃO DE MENSAGEM COM CONTEÚDO OFENSIVO EM PÁGINA PESSOAL DE REDE SOCIAL (FACEBOOK). COMPROVAÇÃO DAS ALEGAÇÕES EM ATA NOTARIAL. (...) Com o avanço da tecnologia e dos meios de investigação, é possível identificar de qual computador a mensagem teria sido postada, somado a todos os meios legítimos de prova admitidos em direito, em especial a prova testemunhal<sup>48</sup>.

Embora tal decisão tenha sido proferida em um litígio da seara eleitoral, nada impede que suas conclusões sejam consideradas em uma demanda familiar.

---

<sup>44</sup>TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*, cit.

<sup>45</sup>Seção III - Da ata notarial. Art. 391. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

<sup>46</sup>TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*, cit.

<sup>47</sup>MOREIRA, Alberto Caminã. Ata notarial. In: LOPES, João Batista; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo (coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 15.

<sup>48</sup>TRE-ES; RE 256-48.2012.6.08.0047; Ac. 169; Rel. Juiz Gustavo César de Mello Calmon Holliday; Julg. 03/04/2013; DJe-TREES 12/04/2013; Pág. 16.

### 5.3. USO DA ATA NOTARIAL EM PROCESSOS DE FAMÍLIA

A realidade das famílias, especialmente no fim do ciclo conjunto, pode acabar marcada por ofensas, traições e fatos que demonstram a inaptidão de um dos genitores para manter a guarda do filho.

A ata notarial pode vir em socorro daqueles que, ante a fragilidade probatória, pensem em desistir de reconhecer situações de vantagens a que fazem jus, situação que afronta a efetividade do direito<sup>49</sup>.

Nesse ponto, a ata notarial pode ser útil para gerar prova pré-constituída com boa qualidade sem a parte precisar ir a juízo mover uma demanda cautelar de produção antecipada de provas<sup>50</sup>.

Em ações de alimentos, a ata notarial pode ser importante porque muitas vezes o cenário econômico exposto pelo alimentante é inveridicamente revelado; havendo atos de ostentação patrimonial difíceis de provar *a posteriori* mas exibidos no plano digital (que podem ser passíveis de modificação a qualquer momento) a ata notarial será útil.

Para tanto, poderá a parte requerer uma ata de constatação em meio eletrônico; por tal “ata da internet”, será possível comprovar a integridade e a veracidade de fatos em meio digital<sup>51</sup>.

Configura outro exemplo de ata notarial útil o atestado de recebimento de uma mensagem eletrônica; para tanto, será lavrada “ata de verificação de mensagem eletrônica” (email) com vistas a que o tabelião confirme que a mensagem existia em certo disco rígido em determinada data e com certos caracteres<sup>52</sup>.

Em um caso interessante de regulamentação de visitas a ata notarial foi crucial: embora a mãe acusasse o pai de abusos à enteada, pelo teor das mensagens trocadas entre o (ex) casal e registradas na ata percebeu-se que sempre abordavam a relação amorosa frustrada, não havendo qualquer menção a abusos (que apenas “surgiram” no processo judicial); aliando-se tal ata ao estudo social formou-se um robusto conjunto probatório, assegurando-se o direito do pai e da filha à convivência familiar<sup>53</sup>.

A ata notarial também pode servir para registrar o teor do diálogo telefônico em sistema de viva voz<sup>54</sup>; tal conduta será muito importante para

<sup>49</sup>PINTO DE CASTRO, Mário. *Ata Notarial como meio de prova no Direito de Família*. Revista de Direito Notarial. São Paulo, Quartier Latin, dezembro de 2013, ano 5, v. 5, p. 45.

<sup>50</sup>SILVA, João Teodoro. *Ata notarial*. Disponível em [http://www.6oficiobh.com.br/ata\\_notarial.pdf](http://www.6oficiobh.com.br/ata_notarial.pdf). Acesso em 23 jun.2014.

<sup>51</sup>FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e teoria*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 163.

<sup>52</sup> FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e teoria*, p. 166.

<sup>53</sup>PINTO DE CASTRO, Mário. *Ata Notarial como meio de prova no Direito de Família*. Revista de Direito Notarial. São Paulo, Quartier Latin, dezembro de 2013, ano 5, v. 5, p. 51.

<sup>54</sup>FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e teoria*, p.

registrar situações em que um dos genitores perpetre atos de alienação parental (por exemplo, ameaçando fugir com o filho do casal).

Há muitos outros fatos que foram e poderão ser objeto de ata notarial, como a constatação de mensagem de texto em telefone móvel celular e a existência de mensagens em programa de comunicação pessoal na internet<sup>55</sup>.

A inventividade dos advogados foi e sempre será essencial para imaginar e concretizar novas possibilidades de uso da ata notarial em prol do direito de seus clientes e da concretização dos princípios do Direito de Família.

## 6. CONCLUSÕES

As demandas envolvendo Direito de Família sempre foram espinhosas quanto à atividade probatória por força das dificuldades que permeiam a obtenção de provas imparciais, o resguardo da intimidade e a perenização de informações no âmbito das relações familiares.

As regras tradicionais sobre direito probatório positivadas no atual CPC nem sempre são suficientes para a efetiva reconstituição do que efetivamente ocorreu no âmbito familiar. Não obstante a jurisprudência já ter desenvolvido entendimentos que viabilizem uma produção probatória mais eficaz, o Projeto do Código de Processo Civil é feliz em trazer previsões expressas sobre algumas situações.

A primeira delas é a positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova, que vem para superar as dificuldades da distribuição tradicional (ou estática) prevista no atual CPC. Sem revogar a previsão da distribuição clássica, o projeto do CPC prevê a possibilidade de afastá-la sempre que as peculiaridades do caso apontem para a necessidade de uma parte fazer prova de um fato que a princípio não lhe incumbiria, por se encontrar em situação de melhor facilidade do que a parte que alegou tal fato.

O projeto também acerta ao prever que distribuição diversa do ônus da prova deve ser determinada por decisão fundamentada, constituindo regra de procedimento, de forma a assegurar o contraditório da parte que passa a suportar o ônus.

Quanto à admissão de provas ilícitas, o projeto nada mais prevê, haja vista a supressão de redação anterior que propunha que tal prática fosse submetida a um juízo de ponderação.

---

<sup>55</sup>FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e teoria*, p. 166.

Como é notória a dificuldade de obtenção de provas sobre fatos que ocorrem na intimidade familiar, a jurisprudência tem relativizado, em alguns casos, a proteção à intimidade quando cotejada com outros valores igualmente ou mais importantes, admitindo, assim, provas como gravações unilaterais sem o conhecimento da outra parte e, em alguns casos, até mesmo interceptações telefônicas. Tal juízo configura uma prática salutar, desde que feito com seriedade; afinal, decorre diretamente de princípios implícitos em nossa Constituição, sendo a forma atualmente aceita de interpretação constitucional.

Por fim, avança também o projeto ao prever expressamente a ata notarial como meio de prova admissível no processo civil, o que se afigura muito importante nas demandas familiares por ensejar a oportunidade de perenizar informações que seriam efêmeras (como aquelas constantes da *internet* ou em dados de telefones celulares) e cujos fatos a que se referem não poderiam ser provados *a posteriori*.

## REFERÊNCIAS

- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CREMASCO, Susana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. São Paulo: GZ, 2009.
- FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e teoria*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LAGRASTA NETO, Caetano. Diálogos de um juiz. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MADALENO, Rolf. A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores. Disponível em: < <http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilicita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-de-valores>>. Acesso em: 20 jun. 2014.
- MOREIRA, Alberto Caminã. *Ata notarial*. In: LOPES, João Batista; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo (Coord.). *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 15-26.



PINTO DE CASTRO, Mário. *Ata Notarial como meio de prova no Direito de Família*. Revista de Direito Notarial. São Paulo, Quartier Latin, dezembro de 2013, ano 5, v. 5, p. 41-53.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, João Teodoro. Ata notarial. Disponível em [http://www.6oficiobh.com.br/ata\\_notarial.pdf](http://www.6oficiobh.com.br/ata_notarial.pdf). Acesso em 23 jun.2014.

TARTUCE, Fernanda. TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. *Processo civil aplicado ao Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Fernanda. BARBOSA E SILVA, Erica. *Previsões sobre a via extrajudicial no Novo CPC*. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Medina; Luiz Fux; Luiz Volpe; Pedro Miranda. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC - v.2*. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2014, v. 1, p. 429-446. Disponível em [www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora). Acesso 20 jun. 2014.

ZUFELATO, Camilo. Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte I. *Jornal Carta Forense*, edição de 03/01/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-i/8117>. Acesso 20 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte II (conclusão). *Jornal Carta Forense*, edição de 12/02/2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276>. Acesso 20 jun. 2014.

# A ARBITRAGEM NO DIREITO DE FAMÍLIA

Francisco Cláudio de Almeida Santos

Advogado, árbitro e Ministro aposentado do STJ.  
Membro do IBDFAM

Uma primeira abordagem do tema é focado no conceito de arbitragem. O que é a arbitragem?

A resposta é de que se trata de um meio adequado à solução de litígios visando à pacificação social, onde os protagonistas, as partes, escolhem os árbitros e estes os julgam, idéia do instituto sob a forma voluntária encontrada na literatura, em Jean Baptiste Racine, desde o Século XVII (“*Je vous fais notre arbitre, et vous nous jugerez*”, *Britannicus*, acte IV, scène II, 1669).<sup>1</sup>

Na França, autores de renome, como Motulsky e Jarrosson destacam o instituto como uma justiça privada, cuja origem é normalmente convencional. Daí sua natureza mista: convencional por sua origem e jurisdicional por sua função.<sup>2</sup>

Uma outra qualificação, fruto de estudos de autores franceses, tais como Jean Robert<sup>3</sup>, é a de que se cogita de uma instituição, a margem de conceito mais pragmático de estudiosos filiados à *commom law*, estes a compreender a arbitragem como um “sistema”, voluntariamente adotado pelas partes para decidir suas disputas através de um árbitro imparcial, que, após uma instrução, proferem uma decisão legalmente exigível.<sup>4</sup> “Sistema” ou “método”, para a solução de disputas através de sentença com efeito obrigatório (*final and binding resolution*), conforme dizem os advogados americanos Clarence R. Deitsch e David A. Dilts.<sup>5</sup>

Na verdade, importa entender que se trata de uma via de solução de diferenças escolhida voluntariamente pelas partes que incumbem terceiros (particulares), imparciais, de resolver a questão, produzindo uma sentença final e obrigatória, por força de lei. Cuida-se de uma técnica e de uma forma de julgamento equivalente à decisão judicial.

---

<sup>1</sup>O drama de Racine, obviamente, não é contemporâneo de nossa época, mas o dramaturgo é lembrado porque, antes, havia uma tendência à arbitragem comercial ser compulsória (na França e no Brasil).

<sup>2</sup>*La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, ps. 5/6.

<sup>3</sup>*L'ARBITRAGE droit interne droit international privé*, 5<sup>a</sup>, ed. Paris, Dalloz, 1983, p. 3.

<sup>4</sup>James Acret in *Construction Arbitration Handbook*, Colorado Springs, Shepard's/McGraw-Hill, Inc., 1985, p. 1.

<sup>5</sup>*The Arbitration of Rights Disputes in the Public Sector*, New York, Quorum Books, 1990, p. 27.

Com estas considerações pretende-se afastar a qualificação da arbitragem como meio *alternativo* de solução de controvérsias, ainda que seja fruto de uma opção facultada pela ordem jurídica, isto porque o movimento chamado de “*direito alternativo*”, no Brasil, sobretudo no Rio Grande do Sul, ficou marcado como um direito, ainda que justo em muitas situações, à margem da lei, o que não é o caso da solução via arbitral.

É oportuno, aliás, lembrar que os métodos de solução de conflitos conhecidos como ADRs, tais como a mediação e a conciliação, tem na letra A da sigla a abreviatura do vocábulo “*amigável*” (*amicablel*, em inglês, ou *amiable*, em francês) e não de “*alternativo*”, como se pensa, diz e até escreve.

A arbitragem é um meio extrajudicial de solução de controvérsias jurídicas praticado pela própria sociedade, regrada pelo direito positivo dos diversos países do mundo moderno, estimulada, inclusive, pela Organização das Nações Unidas<sup>6</sup>.

Nas ordens jurídicas, seja doméstica ou internacional, o Estado, através de sua função de aplicador da lei, da arbitragem não participa, porque sua jurisdição é afastada. O juízo estatal apenas colabora para garantir a imposição de medidas acauteladoras constrictivas e conferir efetividade à decisão do juízo arbitral, se não cumprida pela parte obrigada a tal.

O instituto é bem conhecido no direito brasileiro desde o Brasil colônia, mas somente ganhou importância e passou a ser utilizado com frequência após a edição da Lei 9.307, de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), em cujo artigo 1º consta a previsão de que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Aí estão os requisitos para as pessoas se valerem da arbitragem. Primeiro, a capacidade para contratar, não apenas a capacidade civil, mas, esta, matizada por uma circunstância especial que se traduz em uma faculdade da pessoa capaz de firmar contratos, especialmente para afastar a jurisdição estatal. Quer dizer, não se requer apenas a capacidade genérica, mas a aptidão específica para contratar, nem sempre constatada (p. ex., a lei proíbe a compra e venda entre tutor e tutelado, mandante e mandatário, etc.).

O Código Civil, em seu artigo 852, claramente prevê que a arbitragem é vedada para a solução de *questões de estado*, de *direito pessoal de família* (ou seja, da invalidade do casamento, da filiação, das relações de parentesco e do poder familiar) e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

---

<sup>6</sup>V. a propósito da Lei Modelo de Arbitragem da Uncitral.

E quanto aos incapazes, poderiam os seus representantes (pais, tutores e curadores) firmar o compromisso arbitral em seus nomes? Entendo que não. A respeito, lembra-se que nas causas de interesses de incapazes, nos termos do artigo 82 do Código de Processo Civil, é obrigatória a intervenção do Ministério Público, participação de que não se cogita na arbitragem. Observam Gustavo Tepedino *et alii*<sup>7</sup> que tanto “o CC como a L. 9.307/1996 silenciam sobre a possibilidade de incapazes realizarem compromisso”, mas, acrescenta: “Contudo, entende-se que, nesse caso, a representação e a assistência não têm o poder de, por si só, suprir a carência de incapacidade de exercício, fazendo-se necessária especial autorização do juiz para o ato.” Acontece que a exigência da lei processual persiste no caso de controvérsia, e a lei de arbitragem não prevê o chamamento do Ministério Público para o procedimento extrajudicial (sobre a administração dos bens dos filhos, faz-se, adiante, outra consideração).

O segundo requisito impõe que a arbitragem deva ser adotada para revolver controvérsias ou diferenças relacionadas a *direitos patrimoniais disponíveis*.

Sobre o entendimento deste expressão, por todos os autores, recorro a definição de Carlos Alberto Carmona, reconhecido mestre na matéria. Para ele, “um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, por em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.”<sup>8</sup>

Dito isto, esboçadas as noções elementares sobre a arbitragem e a matéria arbitrável, é oportuno esquadriñar como se instaura uma arbitragem.

A arbitragem se instaura basicamente, através de uma manifestação livre da vontade das partes, escrita em regra, antecedentemente à controvérsia ou após o litígio surgido, na primeira hipótese, por meio de uma “cláusula compromissória”, ou cláusula arbitral ou cláusula de arbitragem a compor um contrato relativo a direitos patrimoniais disponíveis, por exemplo, uma compra e venda, um contrato de locação ou um *pacto antenupcial* (desde logo, adiante esta possibilidade), ou em um contrato autônomo (contrato de arbitragem) vinculado a outro, e, na segunda hipótese, através de um contrato, para uns civil, para outros, processual<sup>9</sup>, denominado “compromisso arbitral” ou simplesmente compromisso, firmado em juízo ou extrajudicialmente, para solucionar o litígio pré-existente.

<sup>7</sup>Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 675.

<sup>8</sup>Arbitragem e Processo, 3ª. ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 38.

<sup>9</sup>V. a propósito Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, *Contratos*, 12ª. ed., rev. e atual. por Regis Fichtner, Rio de Janeiro, Forense, 2007, págs. 514/515.

A cláusula compromissória e o compromisso arbitral são, segundo a lei de regência, espécies de um gênero legalmente denominado “*convenção arbitral*”.

A arbitragem é realizada por um árbitro ou pelos árbitros (em número ímpar, para evitar empates na apuração de seus votos) escolhidos pelas partes, apoiados ou não por uma câmara de arbitragem (instituição privada, em geral, uma associação). No primeiro caso, diz-se que a arbitragem é institucional, no segundo “ad hoc”, hipótese em que os próprios árbitros cuidam também da parte administrativa do procedimento, isto é, do recebimento de petições, colheita de provas, escolha de locais para a realização de arbitragens, intimações, guarda de arquivos, etc.,).

A arbitragem, no que interessa para o tema a ser abordado, poderá ser realizada segundo as normas jurídicas escolhidas pelas partes, bem assim realizada com base nos princípios gerais de direito, ou com base na equidade, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública.

O procedimento seguido com base na lei processual vigente, ou com base nas regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, observará, sempre, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, sob pena de nulidade de sua sentença.

A sentença arbitral impõe-se às partes, pois tem a mesma eficácia de uma sentença judicial, e, em sendo condenatória, é um título executivo judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem e 475-N, IV, do CPC).

Alinhadas estas considerações gerais sobre o instituto de solução extrajudicial de controvérsia, cabe a análise de sua utilidade no âmbito do direito de família, e, de logo como já anotado, recorda-se, mais uma vez, que os direitos pessoais estão excluídos da arbitragem, de tal forma que não pode ser submetida ao juízo arbitral uma anulação de casamento, um divórcio litioso, questões relativas à filiação, tutela e curatela, o poder familiar e o reconhecimento ou inexistência da união estável.

Os direitos regulados no Livro IV do Código Civil passíveis de serem apreciados em uma arbitragem são os direitos de natureza patrimonial disponível, excluídos, entretanto, os direitos de tal espécie dos filhos menores.

A razão da anunciada exclusão – além de outras considerações antes expendidas - tem sua raiz na incapacidade civil absoluta ou relativa da criança ou do adolescente para firmar a cláusula compromissória, mesmo através de representante legal, pois, na verdade, cuida-se de um negócio jurídico bilateral que extrapola aos poderes atribuídos aos pais pelo artigo 1.689 do Código Civil, visto ultrapassarem os limites da simples administração.

A propósito, é importante o exame de decisão unânime da Terceira Turma do STJ, no REsp nº 292.974, em acórdão da relatoria da d. Ministra

Nancy Andrichi, a manifestar o entendimento de que a transação, por ser negócio jurídico bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração, e, por isso, exige a autorização judicial com a intervenção do Ministério Público. Da mesma forma, que o compromisso também não pode ser firmado pela criança ou pelo adolescente, através de seu representante. Mais a mais, ainda que, em tese, passível o ato de uma autorização judicial para ser adotada arbitragem para a solução de alguma controvérsia de interesse do filho, - repete-se - o procedimento arbitral não oferece espaço para a atuação do Ministério Público.

No direito de família, a arbitragem, então, terá lugar, a uma, na partilha dos bens do casal, em face do divórcio, no casamento, ou do distrato ou desfazimento da união estável, e, a duas, na fixação do *quantum* dos alimentos entre os cônjuges ou companheiros. São estas as hipóteses de utilização da arbitragem no direito das famílias.

No primeiro caso, a arbitragem poderá ser convencionada em cláusula compromissória incluída em um pacto antenupcial, para resolver qualquer litígio a respeito da partilha dos bens, nos regimes de casamento que comportem a divisão dos bens, ou em um compromisso arbitral, firmado em juízo ou fora dele após surgido o desentendimento entre as partes, seja para resolver se o bem é comum ou não, para as compensações das dívidas dos cônjuges em funções dos bens cabíveis a cada um (sempre respeitados os direitos de terceiros), para a fixação dos valores dos bens a serem partilhados e, enfim, para compor todos conflitos patrimoniais surgidos no desenlace.<sup>10</sup>

A questão dos alimentos merece algumas considerações tendo em vista sua natureza predominantemente pessoal e sua colocação no quadro das normas patrimoniais do direito de família.

Em princípio, o direito de alimentos é direito personalíssimo, com raízes no respeito à dignidade da pessoa humana e na solidariedade afetiva-familiar. Maria Berenice Dias, em declarada tentativa conceitual, diz que talvez "... se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver" "E, este" – continua a autora -, "é o maior compromisso do Estado: garantir a vida dos cidadãos"<sup>11</sup>. E o ser somente sobrevive se alimentado. Daí a irrenunciabilidade prévia desse direito, conforme dispõe o artigo 1.707 do CC, *verbis*: "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora."

Sabe-se, como já explícito, que as disposições sobre alimentos no direito de família, apesar de sua natureza personalíssima, não se encontram no encarte dos direitos pessoais, mas dos direitos patrimoniais.

<sup>10</sup>Manual da Execução, 12ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 178.

<sup>11</sup>Manual de Direito das Famílias, Porto Alegre, Liv. do Advogado editora, 2005, págs. 447/448.

O Desembargador Youssef Said Cahali, em sua conhecida obra sobre o tema, elabora um abrangente estudo de direito comparado a respeito do assunto, em especial, na doutrina italiana, e confere à obrigação alimentar uma natureza publicística, a reconhecer o caráter não patrimonial daquela obrigação.

Conclui suas considerações com estas palavras:

“Reconhecida, por inevitável, a presença concomitante dos dois elementos – o pessoal e o patrimonial – na integração da obrigação alimentícia, a especialidade que apresenta o encargo no âmbito do direito privado induz o reconhecimento da prevalência do primeiro elemento, sem embargo da opinião diversa de Tedeschi, que afirma o caráter patrimonial da obrigação alimentar, fundando-se na exclusividade ou na prevalência, em si, do elemento econômico sobre o dever do socorro que, ou seria inexistente, ou então só apareceria em situações específicas.

O atual Código Civil brasileiro fez uma opção técnica, inserindo a obrigação alimentícia entre parentes, cônjuges ou companheiros (arts. 1.694-1.710) no título referente ao ‘direito patrimonial’ do Direito de Família, em seguida ao subtítulo referente ao regime de bens entre cônjuges; mas, cuidando dos ‘direitos pessoais’ do Direito de Família, havia se referido que são deveres de ambos os cônjuges a ‘mútua assistência’ e o ‘sustento, guarda e educação dos filhos’ (art. 1.566, III e IV).<sup>12</sup>

A margem a natureza da obrigação, como pessoal ou patrimonial, que não permite chegar a nenhuma conclusão definitiva, importa, a aceitar-se a colocação da obrigação alimentar no direito patrimonial das famílias, na lei civil geral, constatar que há muito a boa doutrina entende que, *a priori*, não se pode renunciar ao direito a alimentos, mas é possível não ser exercido esse direito, como dispõe a lei civil.

Diante do que estabelece a lei e sua interpretação, não seria tolerável, portanto, em um pacto antenupcial, admitir-se a renúncia recíproca a alimentos em caso do rompimento do laço conjugal ou de convivência<sup>13</sup>. Mas, uma vez cessada a comunhão decorrente do casamento ou de simples companheirato, nada obsta a renúncia, ou, com se queira, o não exercício desse direito.

---

<sup>12</sup> *Dos Alimentos*, 5ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 35.

<sup>13</sup> O site CONJUR, de 17.10.2012, noticiou que a Suprema Corte do Reino Unido, em uma virada jurisprudencial, confirmou a validade de um pacto antenupcial em que as partes acordaram não formular pretensões patrimoniais entre eles, em caso de divórcio. O advogado Simon Bruce, da mulher – uma rica herdeira alemã de 40 anos –, fez algumas reflexões interessantes: “o matrimônio deveria ser por amor e não por dinheiro”; “infelizmente essa promessa foi quebrada por ele (marido); que os cônjuges não podem prever “nos melhores momentos”, o que ocorrerá “nos piores momentos” da relação; e, mais, que os pactos antenupciais não representam uma espécie de seguro em face de circunstâncias futuras.

A jurisprudência brasileira orientada pelo Superior Tribunal de Justiça, cujas manifestações devem ser seguidas pelos demais tribunais do País em nome do princípio da segurança jurídica, tem entendido de outra forma a irrenunciabilidade, conforme apreendeu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da. AC n. 2005.037879-5, da Capital, Relator Des. Joel Figueira Júnior, em data de 09.05.2006. São do acórdão estas palavras:

“Como se não bastasse, a regra da irrenunciabilidade dos alimentos (art. 1.707, nCC) só se aplica à obrigação alimentar decorrente do *jus sanguini*, não se estendendo aos cônjuges ou companheiros, máxime porque, entre estes, a obrigação tem caráter meramente obrigacional fundado em solidariedade não permanente.”

Esta jurisprudência está consolidada nos dias atuais, sendo este entendimento predominante na Corte Superior do País, segundo se pode verificar nas decisões monocráticas dos seguintes relatores: Ministro Luis Felipe Salomão (REsp 1109912, p. em 26/06/2012); Desembargador convocado Vasco Della Giustina (AG. 1310659, p. em 07/04/2011, AG 1238532, p. em 25/11/2010); Ministro João Otávio Noronha (Ag. 1.220076, p. em 29/11/2010, REsp 831902, p. em 28/08/2009); Ministro Massami Uyeda (AG 1213176, p. em 08/02/2010); e Ministro Sidnei Beneti, REsp 1064865, p. em 12/05/2009 e AG 1109675, p. em 29/04/2009).

Daí, parece-me que o *quantum* dos alimentos, entre cônjuges ou entre companheiros, pode ser decidido através de arbitragem, previsto este instituto em pacto antenupcial ou, posteriormente, em compromisso arbitral, opinião que divido com autores especializados em direito de família, tais como Francisco José Cahali<sup>14</sup>.

Carmona, por outro lado, após dizer que as questões relativas ao direito de família, de maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível, observa que não é possível excluir, de forma absoluta, as questões de direito de família da arbitragem, e lança seu entendimento: “... se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o *quantum* da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); ...”<sup>15</sup>

A sentença arbitral sobre alimentos, obviamente, está sujeita à incidência do artigo 15 da Lei de Alimentos, que dispõe não transitar em julgado a decisão judicial sobre alimentos, a comportar, assim, uma

<sup>14</sup>Curso de Arbitragem, 2ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 360.

<sup>15</sup>Ob. cit., p. 39.



revisão através de arbitragem ou judicialmente. Na realidade, como observa a douta Magistrada Ana Maria Gonçalves Louzada, tal norma revela uma “erronia legislativa”. “Em verdade” – continua a autora –, “ela transita, sim, em julgado. O que oportuniza que as partes voltem a juízo para alterar o pensionamento anteriormente fixado, é justamente alguma mudança fática que se tenha operacionalizado desde a fixação anterior.”

As mesmas observações, com maior razão, podem ser feitas aos chamados “alimentos compensatórios”, ou “pensão compensatória” que, conforme a lição de Rolf Madaleno, tem o propósito de “... indenizar por algum tempo ou não, o desequilíbrio econômico causado pela repentina redução do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido de bens e meação, sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas que procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da subida indigência social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os ingressos eram mantidos pelo parceiro, mas que deixaram de aportar com a separação ou com o divórcio.”<sup>17</sup>

Feitas estas considerações, lanço uma última palavra sobre o tema: a arbitragem em qualquer situação tem vantagens sobre o procedimento judicial.

Tais vantagens podem assim ser exemplificadas: i) liberdade de escolha do julgador; ii) especialidade do julgador; iii) rapidez (o prazo legal é de seis meses, prorrogável); iv) flexibilidade do procedimento; v) cumprimento espontâneo; vi) confidencialidade; vii) economia (custo menor em função do tempo, normalmente, em instância única).

No direito de família, as vantagens mais destacadas, ao meu sentir, são a rápida solução e a conseqüente economia, a especialidade do julgador e a confidencialidade.

A rapidez na solução minimiza os sofrimentos das partes que, além da ruptura da relação afetiva, ainda são obrigadas a discutir questões patrimoniais em longas pendências judiciais.

A economia decorre do tempo, sendo certo que não alcança as pessoas de poucos recursos, porquanto não existe, nas instituições privadas, arbitragem gratuita, exceção feita à possibilidade de alguma área do poder público (Executivo ou Judiciário) manter um serviço dessa natureza.

A confidencialidade é, talvez, a mais importante de todas as vantagens, pois possibilita a partilha dos bens de um casal em ambiente amistoso, rápido, técnico e, sobretudo, sem publicidade, esta, em algumas situações em que as partes são empresárias, nocivas aos interesses da empresa e motivo de especulação social.

---

<sup>16</sup>*Alimentos Doutrina e Jurisprudência*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2008, p. 210.

<sup>17</sup>*Curso de Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 726.



# Famílias: e Pluralidade e Felicidade

Os anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família reúnem artigos de alguns dos mais importantes especialistas brasileiros da área. Dentre os temas tratados durante o evento, destacam-se na presente obra: Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar; Concorrência sucessória no Brasil: o estado da arte na lei, na doutrina e nos tribunais; Os artigos 1.829, I, e 1.830 do Código Civil a partir da legalidade constitucional: uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório; A sustentabilidade sob a ótica do cuidado: os desafios para a sustentabilidade da pessoa idosa; O cumprimento das decisões judiciais e a prestação jurisdicional no âmbito internacional; Derrotabilidade das normas-regras (legal defeseability) no direito das famílias: alvitando soluções para os extreme cases (casos extremos); Famílias mosaico, socioafetividade e multiparentalidade: breve ensaio sobre as relações parentais na pós-modernidade; A monogamia em questão, repensando fundamentos jurídicos da conjugalidade contemporânea; A (im)possibilidade jurídica de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas; Planejamento sucessório; Pluralidade nas casas e nas ruas: direitos, desejos e transformações; A pena civil parental; Gênero, violência e conjugalidade: superando desafios; Uma velha questão nova: a união estável e o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo; Os frutos civis no regime da comunhão parcial de bens; Práticas colaborativas – uma necessária mudança de paradigma no direito de família; Alimentos compensatórios e divisão dos frutos e rendimentos dos bens comuns: não dá para confundir; Parentalidade socioafetiva e a efetividade da afetividade; O Inventário por Escritura Pública após 7 anos de vigência da Lei 11.441/07; Prova nos processos de família e no projeto do CPC: ônus da prova, provas ilícitas e ata notarial; A Arbitragem no Direito de Família; além do tema central do evento "Famílias: Pluralidade e Felicidade".